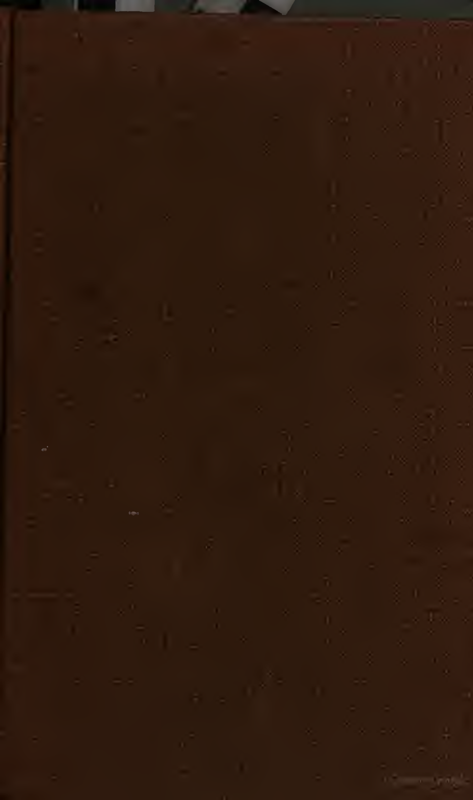


SUL

Godimento dell' indulto.

Digitized by Google

Digitized by Google

II

SE

IL VOLONTARIO GODIMENTO DI UN INDULTO

INCLUDA

LA TACITA CONFESSIONE DEL REATO

DISSERTAZIONE

DELL' AVVOCATO

Domenico Capitelli

SECONDA EDIZIONE RIVEDUTA ED EMENDATA.

NAPOLI

DALLA TIPOGRAFIA DI R. TROMBETTA

1839

Digitized by Google

..... La quale scienza (*giurisprudenza romana*) alle nuove *occasioni* delle civili faccende così pubbliche, come private, in tempi d' idee più *schiarite*, e in conseguenza di tempi più *umani*, ella è ita *spiegando* sempre più e più la lor mente (*de' decemviri dintorno le civili utilità*), con supplirne le mancanze impropriando le parole della lor *legge* (*delle XII tavole*). — Vico, *Principi di una Scienza nuova*, *cap.* 1, §. *XII.*

...... *multarum enim legum dissidium, sola* temporum ratione *recte animadversa*, *componitur.* — Gravina, *Originum juris civilis, ad cupidam Legum juventutem.*

14

OCCASIONE ED OGGETTO

DEL PRESENTE LAVORO

Tra due fratelli cugini insorse nel 1821 malagurosa lite. Uno di essi presentò in giudizio il mistico testamento dell'avo comune, che fu chiuso in maggio 1782, ed aperto poco di poi: col quale il respettivo lor genitore veniva in ugual parte istituito erede, e soggettavasi a sostituzion primogeniale un podere, colla condizione che al successivo loro primogenito impor si dovesse il nome del testatore. E quivi ei dedusse, come l'anno 1800 quantunque aperto si fosse in suo pro il diritto di chiamata e di godimento, non pertanto i due eredi da tale sostituzion gravati, alienata avevano quel podere. Il perchè egli si faceva a richiederne la metà

del prezzo co' corrispondenti interessi dal cugino, qual crede del padre che ne avea raccolto l' egual valore.

L'altro cugino convenuto attaccò di falso in linea civile l' allegato testamento. Il tribunal civile di Napoli rigettò nel 1824 come insussistente l'azione di falsità. Cotesta sentenza in grado di appello e dietro solenne perizia fu poi nel 1825 pienamente confermata.

Intanto che tuttavia s'agitava presso il giudice civile la quistion di falso, il convenuto mosse contro il cugino querela d'*involamento* di un testamento posteriore, da cui il primo veniva rivocato, affermando esser quello stato involato nell' anno 1819. E finito il giudizio civile di falsità, concernente il primo testamento, ci divisò d'agire, in ordine allo stesso, anche in falso principale.

La gran corte criminale di Salerno alla quale erasi già sommesso il processo sull' una e l' altra querela, in camera di consiglio, innanzi si aprisse il giudizio di sottoposizione ad accusa, sul semplice ricordo che l'imputato le faceva d'esser questo il caso di far valere d'uffizio la sovrana indulgenza del dì 8 agosto 1820, dichiarò vero il primo testamento, ed applicò gli effetti di quella alla querela d'involamento, proclamandone abolita l' azion penale, salva però lasciando la civile.

Avverso siffatta decisione il querelante, vestendo divisa di parte civile, produsse ricorso per annul-

7.2.1.180
PH2.0003

lamento. La corte suprema il delfinì irrecettibile, atteso che alla parte civile in tal caso non si competea ricorso.

Ad onta di tutto ciò egli si è pur avvisato che dal giudicato della gran corte criminale di Salerno, e segnatamente dall' aver il querelato goduto dell' indulto, sia a sè derivato il diritto al ristoro de' danni-interessi; in guisa da non aversi a trattar più la quistione, se gli sien essi dovuti, ma quella unicamente della loro liquidazione da farsi avanti al civil magistrato.

In questa ingannevole opinione lo ha menato il volgar pregiudizio di credere, che il valersi d' un indulto includa la *implicita confessione* del reato.

A voler dissipare anche l' ombra di cotal pregiudizio, noi ci rechiamo in dovere di risalire ai *principí*, e disaminar con osservazioni *filosofico-storiche* la legislazione *romana*, la *germanica*, e la *vigente*; studiandoci di adombrar come in tela *la genesi ed il progressivo svolgimento ideologico-politico-storico dell' azion civile nascente da reato*, affinchè la luce del vero risplenda in tutta la sua pienezza, nè più si possa in avvenire ripetere a modo di *adagio* o d' *aforismo* la troppo male intesa e mutilata *legge* 3, *Indulgentia quos liberat, notat* (1).

(1) Cod. *de generali abolit.*

(8)

Digitized by Google

PARTE PRIMA

TITOLO I.

Soggetto ed efficacia delle quistioni pregiudiziali logicamente esaminate. Le due azioni, penale e civile, nascenti dallo stesso reato, han comune e identica la quistion pregiudiziale; sono elementi di un sol tutto.

Per conoscere se il volontario godimento di un indulto, quanto all'azion *civile* pe' danni-interessi, importi la *tacita confessione* del reato, egli è mestieri esaminare, se in ordine all' azion *penale* cotesto godimento includa del pari la confessione di quello stesso reato. Imperocchè una è la sorgente donde amendue queste azioni derivano, una la così detta causa *petendi*. La quale si è quella che costituisce il *dato* o la *cognita*, senza di cui non si può sciogliere la quistion principale intorno alla *punibilità* dell' accusato, o al ristoro de' danni-interessi. Siffatta causa dunque è quella che forma la quistion *pregiudiziale*, da valer come

di antecedente a fine di risolvere il problema *principale* così della penale che dell' azion civile.

Lo stato di un individuo secondo l'antica e la nuova legislazione riponesi in una *qualità*, a cui le leggi politiche, civili, o di altra denominazione, annettono taluni diritti e talune obbligazioni; in guisachè per sapere se questi diritti, se queste obbligazioni si attengano ad alcuno, egli è d'uopo indagare se in lui quella qualità risegga alla quale son gli uni e le altre per legge attaccati. Il *dato* quindi o la *cognita* per iscoprire la *incognita*, cioè l' esistenza di sì fatti diritti ed obbligazioni, è precisamente cotesta qualità che fonda lo stato di famiglia, di cittadinanza, o di altra natura, o per dirla in frasi più generali, lo stato *civile* e lo stato *politico*. Perciò le quistioni sulla esistenza e sul possesso d' una di queste qualità chiamansi quistioni di *stato*; e si dimandano altresì *pregiudiziali*, non chè arrechino altrui pregiudizio o danno, ma sol perchè richiedono che il magistrato le risolva prima della quistion principale a cui servon di *premessa*. In sostanza includon esse un *praejudicium*, cioè un giudizio precedente, dànno luogo alla soluzion preliminare di un dubbio, senza di che definir non si saprebbe la primaria controversia, quella che ha per soggetto l'azione o dimanda della parte attrice, l'eccezione o dimanda del reo convenuto. Così, p. e., a conseguire una eredità è necessario che nell' aspirante concorrano e la qualità di cittadino e quella di congiunto del trapassato nel grado più prossimo, nella linea che ha la prerogativa. In questo problema, di diritto insieme e di fatto, figura come dato del problema di diritto l' astratto requisito di *cittadino* e di *congiunto* più prossimo, come dato del problema di fatto

l'avere in atto il carattere di cittadino e di più stretto congiunto. A siffatte qualità va annesso il diritto di conseguire il retaggio e l'obbligazione di sopportarne i gravami.

Non altrimente avviene ne' giudizî penali. L'oggetto dell'azione penale è il dar la pena così afflittiva di corpo che privativa de' diritti civili o politici, ovvero del loro esercizio: questa è la quistion *principale*: l'oggetto dell'azion civile nascente da reato è la riparazione de'danni-interessi: questa è pure la quistion *principale* di quell'azione o dimanda. Ma l'obbligo di soffrir la pena e quello di rifare i danni-interessi è dalla legge ingiunto, qualora le *condizioni essenziali* o dati, da lei per lo innanzi stabilite, v'intervengano insieme. Le quali condizioni sono: di essersi commesso un fatto per legge reputato *criminoso*; e di essersi consumato con *dolo*, o *colpa*: p. e., il fatto della ferita, della percossa, del furto, della falsità, dell'incendio, ec. Se non costi esser questi fatti accaduti, od essersi menati ad effetto con dolo, o colpa, manca il dato o requisito essenziale, senza di che non può infliggersi la pena; nè dal giudice dichiararsi esistente l'obbligo di risarcire i danni. Per conseguenza la quistion principale sull'un fatto e sull'altro non è in grado da essere acconciamente risoluta.

Di qui chiaro si scorge che ne' giudizî penali la quistione circa la esistenza del reato, l'individuazione dell'autore di quello, il dolo, o la colpa nel commetterlo, in una parola, circa la *qualità di colpevole di un reato*, è quistione che si muove per istabilire il *dato, la cognita, il praejudicium*; è, infine, quistion *pregiudiziale*. Questo fatto accertato, tosto si procede e di leggieri allo scioglimento della quistion principale in quan-

to alla pena, o al risarcimento dell'offeso. E nello stabilire la su divisata cognita si risolve precisamente una quistione di *stato*, cioè se l'accusato abbia la qualità di *colpevole feritore, percussore, ladro, falsario, incendiario* ec.; qualità a cui le leggi, non altrimente che a quella di *cittadino*, di *padre*, di *marito*, di *compratore*, di *conduttore*, di *locatore*, di *commerciante* ec., congiungono de' diritti e de' doveri. Laonde si può francamente conchiudere, che ogni giudizio, di qualunque indole e giurisdizione si sia, sempre di due quistioni si compone, l'una *pregiudiziale*, l'altra *principale*; e che la prima si riferisce allo stato *civile*, *commerciale*, *canonico*, o *politico* dell'attore o del reo, a quella qualità in somma, nella quale ineriscono i diritti e le obbligazioni che formano il soggetto e l'incognita dell'altra (1).

(1) Quindi ne' giudizî penali non è la quistion pregiudiziale » se debba rimaner nella integrità de' suoi diritti l'accusato, o perdergli in gran parte; » se debba soffrir la massima, la media, o la minima mutazione di stato ». Imperocchè questa fa parte della quistion principale concernente l'applicazion della pena, che non alla sola afflittiva di corpo si riduce, ma spesso si estende ancora alla privazion della maggior parte, o di alcuni dei diritti, o del loro esercizio. Ella è anzi una logica seguela della risoluzione della quistion pregiudiziale, che ha per oggetto la qualità di colpevole di un reato alla quale sono attaccate le pene di corpo e di spirito. È la perdita della *qualità* di cittadino che fa cader quei diritti, che ad essa sono legati: la quale perdita è conseguenza della detta qualità di reo. Perciò torna anche inesatto il dire che questo cangiamento di stato, questa privazione di diritti, sia *effetto* della pena; laddove è porzione della stessa pena e fluisce dalla medesima sorgente.

Per farsene un concetto chiarissimo egli è forza distinguere le quistioni pregiudiziali in *positive* ed in *negative*. Positiva è quella che intende alla ricerca e dichiarazione della esistenza di una

La difficoltà in ogni giudizio si restringe tutta nel determinare ed assodar questo stato o qualità nelle parti che contendono; essendo lo scioglimento della principal controversia un puro corollario della question pregiudiziale. In fatti con molta profondità da' giureconsulti distinguesi la dimanda o azione dalla sua causa, *petitio a causa petendi*; l'una *effetto*, l'altra *cagione:* questa è il soggetto della pregiudiziale, e contiene il

---

qualità donde procedono diritti ed obbligazioni rispetto ad alcuno; negativa all' incontro è quella che ad opposto fine è rivolta, ad indagare cioè e a proclamare la esistenza di una *negativa* qualità, o sia la mancanza di quella qualità alla quale van congiunti delle obbligazioni e de'diritti. Così la qualità di *figlio*, di *omicida*, è positiva, stantechè comunica a chi la possiede diritti e doveri. Ma l'essere stato condannato, come omicida, alla privazione de' diritti civili mena alla conseguenza di non potere acquistare con atti a titolo lucrativo, di non poter disporre per via di testamento; fa insomma contrarre qualità, o *stato negativo* o sia *privativo*.

In materia penale la pregiudiziale quistione, che mira a stabilir la *cognita* da servire alla quistion principale, è sempre positiva; perocchè è necessario ritrovar nell'accusato la *qualità* di colpabile autor del fatto criminoso. Per l' opposto ne' giudizî civili la pregiudiziale è talvolta *negativa*, e desumesi dalle leggi e dai giudicati penali. A modo d' esempio, vuolsi sapere se un testamento sia valido? se taluno abbia legalmente acquistato a titolo di legatario, di erede, di donatario? egli è indispensabile esaminare, se il testatore godesse de' diritti civili, o ne fosse stato privo per condanna ed in pena di un misfatto, se il contemplato sia nel godimento di questi diritti, o se per commessi misfatti ne sia stato in pena divestito. Ecco il caso in che la pregiudiziale, invece di aver per oggetto il dichiarare la esistenza di una qualità *positiva*, è intesa al contrario a dichiarar la esistenza di una qualità *negativa*, o sia la mancanza di quella.

Ben di leggieri si scorge, che questo stato *negativo* sia conseguenza dello stato *positivo* di colpevole di un reato, e di condan-

dato; quella, della principal quistione, e forma l' oggetto o scopo del giudizio (1).

Siffatta qualità o stato forma la *persona civile* o *politica* di un individuo ; e poichè in un medesimo soggetto ben si possono varie qualità di tal genere comulare, spesso accade ch'egli in sè riunisca diverse *persone*. Di qui nasce che il titolo il quale nelle Pandette ha la epigrafe *de statu hominum,* cioè della qualità nel senso or divisato, nelle Instituta va sotto quella *de jure personarum ;* indicandosi con questa frase, che i diritti sono annessi alla *persona* , cioè alla qualità o stato di un individuo. Notabile osservazione ; perciocchè da essa discende la conseguenza che nella *causa petendi,* la qua-

---

nato ad una pena in risultamento della dichiarata esistenza di sì fatta qualità. In fatti non cercasi in questo caso di conoscere se abbiavi la qualità di cittadino o altra simile, per saper se cotali diritti od obblighi si competano ad alcuno, ma di saper unicamente se debba dirsi spogliato di que' diritti per effetto della condanna di misfatto.

Laonde mal si combatte con questo falso concetto che si ha della question pregiudiziale la non fondata opinione del Toullier, la quale or ora verremo esponendo.

(1) Ed è qui da notare la dotta norma che i giureconsulti a bene istituire un giudizio prescrivono intorno la formazione del *libello.* Esigono in esso tre cose: *narratio,* ch' è la sposizione dell' avvenimento *investitivo* di un diritto; *causa petendi*, ch'è la legge e questo stesso avvenimento, il quale includer dee i *dati* o le *condizioni* da essa legge richieste; e per ultimo *petitio,* conseguenza della *causa petendi*. Ne' quali tre requisiti risiede il sillogismo da essi intitolato *giudiziale* e che confondesi coll'anzidetto *libello.*

L' idea del sillogismo fa meglio sentire il legame necessario tra la *causa petendi* o cognita, e la *petitio* o azione, soggetto della question principale; e fa scorgere la necessaria influenza della prima sulla seconda.

le s' immedesima colla stessa qualità o stato e riducesi ad un modo *collativo* o *ablativo* di un diritto e di una obbligazione, non pur si confonde e identifica la persona dell'attore, ma ben anche la *condizione* di lui; non essendo altro questa, che la stessa qualità o stato, in virtù di cui egli si trae in giudizio. Laonde l'autorità e l'eccezione del giudicato altro non desidera, salvo che l' identità della causa *petendi* è l'identità della dimanda, *eadem petitio*, cioè *idem jus*.(1).

Alcuni credono che lo stato, secondo le nuove leggi, sia o di *famiglia*, o di *cittadinanza*. È questo un errore che mena a gravi conseguenze. Se lo stato in una *qualità* consiste alla quale sono inerenti de' diritti e delle obbligazioni, chi non discerne che la qualità di commerciante in generale, o di locatore, conduttore,

---

(1) Il dire del giureconsulto Paolo, *L.* 14, *ff. de exceptione rei judicatae*, che a valer questa eccezione bisogna vi concorra *et eadem causa petendi et eadem conditio personarum*, non suona che abbia con ciò richiesti due differenti requisiti; ma sol voluto con un pleonasmo chiarire lo stesso concetto e far cansare l'errore di credere che, talnno agendo, per esempio, da *tutore*, questa condizione o *qualità* potesse fargli soffrire l' autorità della cosa giudicata, emanata nell'interesse del suo pupillo. Ed in vero, lo stesso Paolo, sotto il medesimo titolo nella *L.* 22, esprime senza velo od equivoco la sua mente, affermando di non aver forza di giudicato quello che si è profferito, qualora siavi *personarum mutatio, cum quibus singulis suo nomine agitur*.

È nota le origine ed il primitivo significato della voce *persona*. Dinotò da prima *maschera*, a *personando*; perocchè ne facean uso gli antichi istrioni a diffonder meglio in teatro il suono della loro voce ed a rappresentar l' individno che forniva il soggetto della favola. Indi per *traslato* significò ogni immagine, figura; e poi da ultimo la *condizione domestica, civile, politica*.

compratore , venditore , permutante, mutuante ec. , seco porti taluni diritti e talune obbligazioni? chi non vede che la qualità d' imputato , di accusato , di reo , produca del pari obbligazioni e diritti ? chi non iscorge , insomma , che da' contratti, quasi-contratti , delitti , quasi-delitti , e *direttamente* dalla legge , cotal qualità possa derivare alla quale varî diritti si legano e varie obbligazioni ? Dunque un'altra specie di stato esiste oltre ai due già divisati ; e però sotto la denominazione di *stato civile* , non il solo *domestico* o *familiare* hassi ad intendere , ma ben anche lo stato emergente da questi altri avvenimenti *investitivi* e *divestitivi* di diritti. Così parimente sotto la frase di stato politico vuolsi anche comprender quello d' imputato, di accusato, di reo; qualità che tutte rapportansi al comune interesse della nazione, e che diritti conferiscono e doveri politici o cittadineschi.

Il solo divario che passa tra lo stato di famiglia non men che di cittadinanza, e lo stato civile di altra natura, consiste in ciò : che i due primi sono fermati nell' interesse comune de' socî componenti la piccola , o la grande società, la *famiglia* , la *nazione* , ovvero una *classe* di quest' ultima ; e l' altro è stabilito nell' interesse delle sole parti contraenti, de'loro eredi e successori. Quindi è , che i giudicati intorno lo stato di famiglia , o di cittadinanza , han forza ed autorità rispetto a tutti i membri d' una famiglia , a tutti i membri di una nazione, benchè non tutti sieno intervenuti in giudizio; sol che vi sia stato quell' uno di loro che per legge tutti gli rappresenta (1).

(1) Aveva dunque ben ragione il Fabro (*Cod. Fabr. lib. 7, tit.* 19 , *def.* 7 , *de re judicata*) di definir per giudicato di *qualità*

Perciò i giudicati di queste due specie diconsi, per antonomasia, di *qualità*; e chiamansi, per eccellenza, *questioni di stato* quelle che alla qualità di membro di famiglia si riferiscono o pur di cittadino. Non di meno questioni di stato sono altresì quelle dell'altra specie, sic-

quello che pronunciavasi in materia di *nobiltà* rispetto ad un solo de' nobili, allorchè formavano una classe *politica* della società in cui vivevano. La qualità comune che gli *associava*, era la qualità di *nobili*; ed il giudicato spiegava la sua forza in ordine a tutti.

Al contrario mal si definisce giudicato di *qualità* in questo medesimo senso, quello che vien profferito sul conto di un erede, come *puro* erede, ovvero *beneficiato*, in contraddizione di un sol creditore, relativamente agli altri che non vi fecero parte. Questi non trovasi colla divisa di *socio* degli altri creditori, i quali in tal congiuntura non costituiscono *ceto* o società; e però gli manca la qualità di loro rappresentante.

Non ha valore alcuno tutto che in questo proposito si dice intorno alla *individuità* dello stato. La scura e metafisica dottrina *de individuis* è ormai in diritto stata dichiarata inutile e senza conseguenza rispettivamente alla *causa*, o sia alla qualità e stato, falsa in quanto agli *effetti*, ai diritti cioè ed alle obbligazioni che ne derivano (*Extricatio labyrinthi dividui et individ.*—*Ved.* Toullier, *vol.* 6, *oblig. indivis.*) E nella specie in fatti la qualificazione di *puro* o di *beneficiato* erede ai soli effetti si riferisce; e vuolsi con essa significare un obbligo più o meno esteso dell'erede stesso in riguardo ai diversi creditori, per alcuni de' quali è tenuto anche *ultra vires haereditatis* ne' proprî beni, per gli altri sino alla concorrenza dei beni ereditarî. Il che nasce dalla volontà o dell'erede che accettando la eredità col beneficio dell'inventario non intende far proprî i debiti del defunto, ovvero di alcuni creditori che non vogliono, mercè di *tacita novazione*, aver l'erede per loro personal debitore, e però si fanno a chieder la separazione de' patrimonî, o la decadenza dal beneficio dell'inventario, per aver l'erede mancato o esser contravvenuto a' suoi doveri.

La sola ideologìa può giungere a purgar la giurisprudenza dai molti e vecchi pregiudizî ond' è ingombra, i quali l'idolatria per le prische tradizioni ed autorità copre ancora dell'egida sua.

come giudicati di qualità son eziandio quelli che nel risolverle vengono pronunciati, senza altra differenza salvo che il loro effetto si restringe ad una sfera meno ampia di persone.

Ma le une come le altre quistioni si confondono in questo, che amendue intendono a stabilire la *cognita*, in difetto della quale sciogliere non si potrebbe la quistion principale.

Chiaro quindi appare che l' azione civile la quale svolgesi da un reato, lungi di aver come *pregiudiziale* l'azion penale che dal medesimo reato germoglia, l'è invece *gemella;* anzi, come or ora dimostreremo, è parte *integrale* di essa. Entrambe han comune la medesima cognita, la stessa quistion pregiudiziale, la stessa causa efficiente; quella in somma che ha relazione alla qualità o stato *politico* di feritore, percussore, incendiario, falsario ec.

Conséguita inoltre esser la sorte dell'azione civile così strettamente ed assolutamente immedesimata con quella dell' azione penale, che se per quest' ultima un fatto dell'imputato, la stessa sua *espressa confessione*, non sia bastante a sciogliere la question pregiudiziale, e ad accertare per tal via il *dato* necessario donde la civile e l' azion penale dipendono; non sarà giammai questo fatto, questa confessione, valevole a stabilir la cognita, a dirimere cioè la quistion pregiudiziale in ordine all' azion civile.

Di qui segue che, se nel giudizio penale siasi dichiarato *costare* l' esistenza del reato e la reità dell'accusato, o *costare* non esserne affatto colpevole, sia lecito nel primo caso alla parte offesa, quantunque non abbia congiunto l'azion civile alla penale, di giovarsi del giudicato penale, come di *titolo*, innanzi al giudice civile, ad og-

getto di provocar la condanna al risarcimento de'danni-interessi, senza bisogno di alcuna pruova; nell'altro caso per l'opposto segue, che gli sia disdetto l' ingresso all' azione civile in qualsivoglia linea (1) : non perchè, come altri si avvisa, il magistrato penale sia il solo

(1) Ogni quistione o problema, sia di fatto sia di diritto, non si può risolvere se non vi ha alcuni punti noti: come passare alla conoscenza dell' ignoto senza il soccorso di fatti o di principî conosciuti? Or questi fatti o principî noti vengono in logica variamente denominati: gli analitici li chiamano *dati* o *cognite*; da'sintetici si dimandan *lemmi*, *premesse* da'logici; e presso i giureconsulti van sotto l'equivoco nome di *pregiudizî*, *praejudicia*, donde il nome di quistioni pregiudiziali. Se si fosse posto mente alla unità della logica, alla unità e identità del suo metodo, perocchè unico costante e identico è il processo del nostro intelletto; se si fosse quindi considerato non esser differenza tra la logica del filosofo e quella del matematico, del medico, del giureconsulto ec.; non si sarebbe recato in dubbio la necessità de'*dati* per iscioglicre qualsivoglia quistione di fatto o di diritto; e per conseguenza non sarebbesi delle quistioni pregiudiziali fatta una scura intrigata ed arbitraria teoria, donde son venuti gravissimi errori. Tolte in questo senso, o adoperando la parola *dato* o *cognita* invece di *praejudicium*, il più delle controversie o surte non sarebbero in diritto, o di leggieri sarebbonsi spente. E se nelle scuole venisse la legislazione insegnata con la semplice nitida e reale distinzione della parte che figura come *causa*, e di quella che figura come *effetto*, cioè della parte che consiste nella cognizione di tutte le *condizioni* o *requisiti essenziali*, da cui provengono i diritti e le obbligazioni (ch'è il metodo della nostra *Scienza del Diritto* e quello che tenevamo nel già nostro studio legale); condizioni o requisiti che costituiscono la *qualità stato* o *persona* degl' individui o sia *la causa petendi*, e della parte, che si ripone nella enunciazione degli *effetti* di tal qualità o causa, cioè de'diritti e delle obbligazioni che senza di essa nascer non possono, la dottrina delle quistioni pregiudiziali più limpida si renderebbe e di maggior facilità.

Per non aver a ciò riguardato nè attinto nella purissima sor-

competente a giudicar della question pregiudiziale concernente la *qualità* o stato di delinquente, imperocchè la competenza si rapporta unicamente al potere del giudice senza avere alcuna *influenza logica* sullo scioglimento delle questioni della causa : non perchè l' azion

---

gente di queste ideologiche verità , il Merlin (*Repert : mot , Chose jugée*, §. 15. *Non bis in idem*, §. 15) ed il Toullier (*volume* 8. *Notions préliminaires*) non hanno colla usata loro profondità trattato dell' azion civile provegnente da reato , sono caduti in gravi equivoci e sbagli , e trovansi fra loro discordi. In prima il Merlin scambia *l'azione* principale colla *quistion* pregiudiziale ; dovechè quella alla dimanda detta *petitio* corrisponde, e la questione pregiudiziale alla *causa petendi*; causa da cui dipende come *effetto* l'anzidetta dimanda *petitio*, o che dir si voglia *azione*. Siffatto equivoco ha poi dato largo campo al Toullier di disputare contro il ragionar di lui , senzachè il medesimo Toullier scòrto avesse il punto dell' equivoco.

L' unico motivo che muove il Merlin a stimar pregiudiziale l'azion penale rispetto alla civile, è il veder quella disposizione di legge , che dichiara sospesa l' azion civile ogni volta che alla penale non si accoppî, finchè il giudizio penale non sia compiuto. Di qui argomenta esservi *necessaria* influenza e pregiudiziale della pubblica azione sulla civile.

Se egli avesse distinta la *causa petendi*, ch' è il soggetto della quistion pregiudiziale comune ad ogni azion civile e penale nascente da reato, non avrebbe al Toullier, che neanche a tal distinzione ebbe volto il pensiero, data occasione di contrapporgli de' paralogismi. In fatti, il Toullier mentre conviene che il giudicato emesso nel giudizio pubblico dal magistrato penale, contenente la dichiarazione d' innocenza dell' accusato sia per motivi di diritto sia per motivi di fatto, costituisca un *titolo* ed abbia avanti il giudice civile autorità di cosa giudicata a danno dell' attore in riparazione de' danni-interessi, pretende poi che non s' abbia ancor come tale a riputare il giudicato , il quale dichiari costare il reato ed esserne colpevole lo accusato ; in modo che possa costui difendersi la innocenza nel giudizio civile , e corra all' attore il dovere di

civile sia *accessoria* e seguace dell'azion penale, essendo gemella alla penale la civile, anzi parte *elementare* della stessa ; ma perchè la questione pregiudiziale anzidetta è di quelle questioni di stato che si riferiscono alla società politica, giacchè la qualità di reo, o d'innocen-

---

provare che siasi effettivamente commesso il reato, e ne sia realmente colpevole autore il convenuto. Ciò suona che il Toullier non ha chiaramente inteso in che stia il dato o *causa petendi* dell'azion penale e civile; dappoichè non potrebbe, altrimente, opinare in tal guisa ; e dovrebbe di necessità, atteso la identità della quistion pregiudiziale in ambedue i casi, conchiudere nella stessa maniera. Essendo la quistion pregiudiziale una quistione di stato che importa a tutti i socî, cioè alla intera nazione incluso il danneggiato, la quale vien rappresentata dal pubblico accusatore, il giudicato che si pronunzia è di quella specie di giudicato di *qualità* che lega ognuno de' socî, non eccettuato l'offeso.

Nè alcun vantaggio può il sistema del Toullier ritrarre dalla imperfezion delle pruove o de' mezzi d' istruzione che si usano in giudizio per la ricerca del vero, nè dalla seducente idea che per tal via si possa far discoprire e risplendere l' innocenza dello ingiustamente condannato, ed aprire in tal modo l' adito alla giustizia *graziosa*. Queste idee sono sovvertitrici dell'autorità della cosa giudicata, sulla quale riposa ogni ben istituita società: e volerla così indirettamente scuotere, torna lo stesso che scrollare dai cardini ogni stato politico. Si sa che i mezzi d' istruzione sono di pura prudenza ed i migliori, di che sa l' umana fralezza esser capace; nè vien disdetto raccogliere delle pruove novelle dappoi il giudicato di condanna scoperte, per farsi strada alla *grazia*, ovvero alla *revisione*.

In altra grave inavvertenza questi sommi giureconsulti sono eziandio incorsi, in quella di credere che dall'azion penale sia *sostanzialmente* distinta la civile, e perciò l' una sia puramente pubblica, l' altra puramente privata: laddove avendo in comune ed indivisa la *causa petendi*, esser non possono che due elementi *integrali* di un tutto ; e procedendo dalla stessa causa criminosa aver non debbono che l'oggetto *medesimo*, cioè la punizione del reo, e con-

te, che nell'accusato si dichiara esistere, dichiarasi in ordine e nell'interesse di ciascuno de'soci, i quali tutti, compreso l' offeso, sono rappresentati in questo giudizio di *qualità* dal pubblico accusatore.

Ond'è che il giudicato, il quale nel proposito si pub-

---

seguentemente un interesse pubblico e nazionale, comechè la pecuniaria satisfazione, la quale peraltro si dovrebbe dalla stessa nazione direttamente alla parte lesa, a quest' ultima si attribuisca. Di qui nasce l' inganno di stimare *accessoria* e *seguace* della penale l'azion civile, dove sono entrambe *ligie* o corollario della pregiudiziale: di qui il non sapere addurre la vera ragione perchè dato non sia alla parte civile produrre ricorso di annullamento contro le decisioni d' incompetenza, nè contro quelle di libertà assoluta, o provvisionale, qualora non vengano dal pubblico ministero impugnate. Quindi ancora discende il gravissimo equivoco del Toullier nel confutare l' avviso del Merlin, sostenendo non esservi il pleno concorso de' tre requisiti della cosa giudicata per la mancanza dell' *identità di oggetto*, come se il rifacimento de' danni-interessi non si riscuotesse a titolo di pena e per effetto dello stesso reato!

Ecco come dal non avere ben conceputa e distinta la vera e precisa idea della *causa petendi* o question pregiudiziale comune alle due dimande o azioni, penale e civile, ne son derivati sì enormi equivoci ed inconseguenze; inconseguenze ed equivoci, che niun conforto possono trarre da quello articolo del Codice civile francese relativo al divorzio, nel quale è prescritto doversi sospendere il giudizio civile riguardante lo scioglimento del matrimonio, infino a che non si compia il giudizio penale, se per avventura tra' fatti allegati in sostegno del divorzio ve ne fosse alcuno che avesse sembianza di misfatto o di delitto. In quello non si tratta di azione civile emergente, come la penale, dal medesimo fatto criminoso e tendente allo stesso oggetto; non di ristoro di danni-interessi, sì bene dello scioglimento del matrimonio; ed il fatto stesso ne' due distinti giudizi a due differenti funzioni adempie, di *causa petendi* per la *punizione* nel giudizio penale, di *causa petendi*, ma nascente da diversa origine, per lo *scioglimento* del matrimonio nel giudizio di divorzio Ed il doversi sospendere quest'ultimo, finchè non sia

blica, si reputa di *qualità*; e quindi fornisce o contrappone ad ognuno l'autorità ed eccezione della cosa giudicata. La violazione delle leggi sociali, la violazio-

terminato il primo, è conseguenza della legge 4, *ff. de ordine judiciorum*, dove è scritto, che nel concorso simultaneo, tra le stesse persone, di un giudizio penale e di un giudizio civile il quale derivi non dalla medesima legge e causa penale, ma da cagion civile, abbiasi a far precedere il criminale *utpote majus*. Il che costituisce *praejudicium temporis*, valo a dire una semplice precedenza di tempo, non già il *praejudicium* nel senso di question pregiudiziale o cognita. Il qual doppio significato di questa voce è stato ed è spesso cagione, segnatamente in tal materia, di confusione e di equivoci. Al risorgere del diritto romano cotesta legge invalse in Francia e nella maggior parte di Europa, adducendosene a motivo il non doversi l'accusato distogliere dalla difesa nel giudizio penale per attendere al civile, nè distrar l' accusatore, allora privato, dalle cure dell'accusa (*Giulio Claro*, *Sentent. lib.* v. §. *fin. quaest.* 2.); motivi che, per la istituzion della pubblica accusa e do' patrocinatori ne' giudizî civili, sono di presente cessati. Da essa preso origine la regola della giurisprudenza anteriore allo nuove leggi, conforme a tali principî; da essa l' accennata disposizione, sulla quale il Merlin tanto si fonda, di esser la penale sospenditrice dell' azion civile, in fino a che quella non abbia toccato il suo termine.

Se è *immutabile* legge di nostra mente, se è la *natura* delle cose, che non ci sia dato percepir le verità d'*induzione* senza aver innanzi la cognizione di quelle, di cui sono esse una *conseguenza* per lo legame che fra loro passa, intender non sappiamo come dir si voglia, che la quistione tra il Merlin ed il Toullier, atteso una immaginata differenza della nostra colla legislazione francese, sia *adhuc sub judice*, e che per l' opposto si possa presso di noi risolvere senza incontrare i medesimi ostacoli. Perocchè allo scioglimento di sì fatto problema, ove si risalga a'principî, oppor non si potranno in niuna parte del mondo invincibili difficoltà.

Nel corso di questa dissertazione procacceremo di sparger su di ciò più luce, a fine di rendere coteste verità assai più evidenti.

ne in sostanza del così detto *quasi-contratto sociale*, interessa ciascuno de'soci. Ecco donde nasce la universalità della *qualificazione* nell' accusato, di reo, o d' innocente; ecco da qual fonte deriva l'eccezione della cosa giudicata contro la parte offesa, che vuole in una delle proposte ipotesi agire in via civile (1).

(1) Taluno, che ha dato opera a confutare il Toullier, non ha posto a ciò mente, fino a concedergli che il danneggiato non sia dal pubblico ministero rappresentato in siffatto giudizio di qualità. Noi che avremmo di certo potuto giovarci dell'argomentar di tanto illustre giureconsulto, servendo alla causa, stiam contenti a potergli solidamente resistere, sostenendo candidamente il vero, che ben si accorda con le mire che a scriver ne porgono la opportunità.

TITOLO II.

Unità dell'azione civile e penale rispetto alla causa ed all'oggetto: sua progressiva decomposizione in quanto all'oggetto ed all'esercizio.

Una è la *causa* generatrice delle due azioni, la *qualità* di colpevole di questo o di quel reato; uno vuol esser quindi l'*effetto*. A quel fatto criminoso, a quella qualità, è legata un' obbligazione che chiamasi *pena*; di soffrire cioè il carcere, il bando, la morte, e di ristorar la parte offesa di tutt'i danni-interessi prodotti da cotale azione criminosa. Non per altra cagione nè per altro fatto è imposto al delinquente l' obbligo di questo risarcimento. Ed imposto gli è a titolo di pena del suo fallo, o a dirla con esattezza, per *futura guarentia e sicurezza*, non che degli altri, dell' offeso medesimo, ove sia sopravvivuto; ponendosi così un freno alla malvagia intenzione de'ribaldi, e riconfortandosi la smarrita fiducia e tranquillità de'buoni. O volendo parlare il comune ed inesatto linguaggio, cotesto risarcimento si deve per effetto del *quasi-contratto sociale*, secondo il quale si è tra'membri della medesima nazione tacitamente convenuto di non violar le altrui proprietà, *reale* e *personale*; a condizione, in difetto, di soggiacere ad una pena, compreso il rifacimento de'danni-interessi. Aristotele perciò diceva esser la pena dovuta per forza di un quasi-contratto, che è per l' appunto il quasi con-

tratto *politico*, o comune volontà, opera de' comuni e naturali bisogni.

In sul bel primo, quando il governo di una nazione non si è bene svolto ancora e sollevato al punto di universalità ove dee poggiare, e le attribuzioni della sovranità trovansi tuttavia ammassate ed in gran parte presso de' privati, allora l' azione penale *poenae persecutoria* sta tutta in mano dell' offeso, dal quale esigesi la pena afflittiva di corpo e pecuniaria per suo privato interesse e come suo particolar credito, nulla sospettando della sollecitudine che tutta la nazione possa aver nel gastigamento del trasgressore. Perciò il giudizio penale in tal epoca è assolutamente privato; *actio*, non *accusatio*, e molto meno *inquisitio* (1). Ma secondo che si concepisce ed estende la idea del *pubblico interesse*, e quindi delle attribuzioni della sovranità, nella stessa proporzione comincia l' azion penale ad acquistare un carattere sociale, a mostrarsi di comune importanza. Conseguentemente da giudizio privato diviene *semipubblico*, indi *pubblico*, sino ad esercitarsi ad istanza di pubblico accusatore e di *uffizio*, *per inquisitionem et per accusationem*, senza che sia bisogno del consenso dell' ingiuriato.

Cosiffatto giudizio, allora, essendo di comune e pubblica ragione, promuover si dovrebbe da codesto pubblico accusatore anche per far ristorare de' danni-interessi la parte oltraggiata; e lo si dovrebbe altresì per obbligo del governo il quale, avendo assunto su di

(1) *Vedi* le *Institute di Giust. tit. de publicis judiciis* in principio, dove il divario di queste voci è segnato. Vedi *Gotofredo* ed *Otomano*, *ibid.*

sè l' impegno di assicurar la proprietà di ciascun de' cittadini, è tenuto a risarcire da sè o a farne rinfrancare l' offeso; siccome è in dovere di dar novella *sicurtà* agli animi spaventati che in avvenire, mediante l' esempio della punizione o di altro provvedimento più energico, non saran per commettersi nuovi attentati.

Tuttavolta si è divisato segregar questa parte *pecuniaria* della pena dal resto di essa, che nell' afflizione di corpo consiste e nella privazione di taluni diritti, o del loro esercizio. Non perchè in prò dell' universale non tornasse che il reo soffra cotesta parte di pena pecuniaria, premendo ciò sommamente a tutti i componenti di un popolo; ma perchè si vuol essa volgere in privato vantaggio dell' offeso e questi può condonarla e rimetterla, senza che per ciò la *massima* d' esser tal parte di pena dovuta per effetto del reato resti in nulla rispetto al pubblico pregiudicata, si è fatto ragione di abbandonarne lo esercizio allo stesso danneggiato.

Laonde troppo chiaro si addimostra che l' azione civile non compone un essere *sostanzialmente* diverso dall' azione penale derivante dal medesimo reato: una è la causa *petendi*, uno l' oggetto, quello della punizione del reo. Non vi è altra differenza in quanto all'oggetto, se non quella che passa tra una parte più *grande* e d'importanza *maggiore*, ed una parte del medesimo tutto la quale sia men grande e di minor rilievo.

Differenza di persone non havvi. Notammo che la causa *petendi* è la stessa, che questa causa *petendi* si risolve in quella qualità, che va sotto il nome di *stato* o *persona* ovvero di *condizione* domestica, civile, politica; di maniera che per l' autorità ed eccezione

della cosa giudicata di due soli requisiti fa mestieri, *eadem causa petendi*, *eadem petitio*, ravvolgendosi necessariamente nella identità della causa, anzi confondendosi con essa in un essere solo, l'identità di *persona*, e, ciò che torna lo stesso, l'identità di *condizione*.

In fatti nell'azione civile, la quale per necessità di natura riconosce la stessa causa *petendi* dell'azion penale, la parte offesa non ha una persona distinta da quella del pubblico accusatore. Agisce costui o sia la società colla identica qualità di offesa dal reato; colla identica qualità provegnente dallo stesso stipite, anzi come *vicaria* della società ed in nome proprio agisce la parte-civile, che sulle prime, innanzi sorgesse il concetto del *pubblico interesse*, agiva per lo intero e da sè sola. Si stringono dunque perfettamente e s'immedesimano qnanto alla quistion pregiudiziale. S'identificano eziandio in riguardo alla quistion principale; perciocchè nna soltanto è la pena che dal reato procede; ed ambe le parti non vogliono che questa pena, conseguenza del reato istesso; se non che la si dividono tra loro, limitandosi alla pecuniaria di risarcimento la parte lesa, al rimanente l'accusator pubblico o la società (1).

E che altro avviene tra'coeredi di una medesima e-

---

(1) Questo concetto di unità e identità dell'azion penale e civile scopre l'inesattezza della definizione che si è data dell'azion penale, dicendo di essere una *domanda per la punizione del colpevole*, ovvero di avere per oggetto *l'applicazione della pena*; e di essere per l'opposto l'azion civile una dimanda *di riparazione de'danni-interessi*; una essenzialmente *pubblica*, l'altra *privata*; quasi fossero due azioni di differente *origine* ed avessero *oggetto* diverso!

redità relativamente all'esazion di un credito? che altro accade tra'membri di una società nel riscuotere un credito alla società dovuto? Ognuno di loro si fa innanzi *eàdem persona*, cioè *eàdem causa petendi*; ognuno per lo stesso oggetto *ob idem jus*, *eàdem petitione :* ma ciascuno per una rata del credito istesso, quantunque vestisser tutti la medesima divisa, rappresentando la persona del defunto, o quella della società. Nè per questo è permesso affermare, che non valga il giudicato rispetto agli altri consocî a cagion di pretesa diversità di persona , o di oggetto ; giudicato che nell'interesse di uno di essi si è profferito contro il comun debitore.

La società o nazione che dovrebbe agir sola , compreso avendo e distinto il comune e pubblico vantaggio, ha separato e diviso il credito della pena in due porzioni , tra sè e la parte offesa.

Il giudicato dunque dato fuori nell'interesse della società s'intende rispetto alla question pregiudiziale, emanato anche in pro della parte lesa.

Per l' opposto la risoluzione della questione pregiudiziale , fatta dal giudice civile, non può avere avanti al giudice penale l'autorità di giudicato; perocchè l'offeso non ha nel giudizio civile qualità da rappresentare tutta la società.

E maggiore essendo e di assai più rilievo la porzione della pena che la società si ha serbato a riscuotere dal reo , ella ha perciò vietato di agire in via civile per la soddisfazione de'danni-interessi, innanzi che siasi in linea penale proceduto all' applicazione della parte più grave della pena istessa. Altrimenti statuendo , ben si potrebbe a vari sconci dar luogo. Primamente si porgerebbe spesso occasione alla contraddizione de'giudica-

ti , la quale comechè menar non potesse a niuna conseguenza legale , nondimeno spargerebbe dubbi sulla verità , e diffidenza intorno a'giudizi de'magistrati. Tal sarebbe il caso , se avendo il giudice civile dichiarato inesistente il reato, il giudice penale lo proclamasse invece esistente. La qual cosa può di leggieri intervenire, stantechè i mezzi da bene istruire il processo sono maggiori nelle mani del P. M. e della G. C. criminale , che non in quelle di un semplice privato. Inoltre il giudizio già profferito potrebbe nell' animo del magistrato ingenerare una certa prevenzione in favore o contro dell'imputato, togliendogli quella pacata indifferenza ed imparzialità che forma il miglior pregio di chi amministra la giustizia. Da ultimo, i testimoni adoperati nel giudizio civile sarebbero naturalmente restii a ritrattar nel giudizio penale la loro dichiarazione; ed ove il facessero, che ne avverrebbe del giudicato dato fuori dal magistrato civile ? (1)

Dalle cose avanti discorse si rileva l' errore di chi per avventura si avvisasse potersi far luogo a concorso

---

(1) Per essere l' azione civile una emanazione del reato, e però d' indole affatto *penale* , si fa manifesto come s' inganni il dotto Toullier divisando che cotesta azione sia di sua propria natura ed *originariamente* dalle *leggi civili* concessa nel titolo, dove parlasi de'*delitti e quasi-delitti*, e si prescrive aversi a ristorar l'offeso de'danni , per colpa o dolo , a lui cagionati.

Questo titolo , come l' altro che segue de' *quasi-contratti* , contiene una frazione del volgarmente detto quasi-contratto sociale , tra le cui condizioni *politiche* vi ha quella , che qualunque per fatto suo proprio direttamente , od obliquamente , cagioni danno altrui , sia in dovere di rinfrancarnelo ; siccome per l' opposito chiunque ad altri arrechi vantaggio abbia il diritto, purchè generosamente no'l rifiuti, di venirne condegnamente compensato. Que-

cumulativo ovvero *elettivo* tra l'azion penale e l'azion civile. Il primo esige diversità di causa *petendi*, l' altro identità. Ma nè diversità di causa tra queste due azioni concorre, nè reputar si possono due distinte azioni prodotte da una medesima causa, essendo esse elementi di una stessa azione. Il perchè nè concorso cumulativo nè concorso elettivo non si può giammai tra loro avverare.

Anzi gravissimo argomento della unità di queste due azioni è per lo appunto il non esservi concorso elettivo; giacchè, ove elle fossero distinte, una essendo la causa *petendi*, vi sarebbe immancabilmente concorso elettivo; ed allora una via *electa*, *altera tolleretur*. Però troppo male a proposito s' invocherebbero le dottrine intorno a cotal duplice concorso stabilite; e sconciamente s'insegnerebbe coteste azioni, o *elementi* di una medesima azione potersi talvolta fra loro *frastornare* a vicenda, o *soccorrere*; essendo elle come due linee parallele, il cui incontro è impossibile.

Torna ora assai facile l' intendere, che quando dal giudice penale s'è dichiarato il *costa*, le due questioni

---

ste condizioni indispensabili ad ogni associazione *politica* son fondamento all'intera legislazione, senza che possa dirsi appartenere elle ad un ramo più che ad un altro di quella, quantunque non sieno in ciascun di loro esplicitamente professate.

In queste medesime condizioni si risolvono le obbligazioni annesse ai *delitti* ed ai *quasi-delitti*, de'quali si occupano le leggi civili; in queste le obbligazioni provegnenti da' *reati*, donde emana l' azione *penale* e civile, e de' quali le leggi penali e di procedura penale ne fan proprio argomento.

Ed i positivi principî regolatori delle cennate civili e penali disposizioni, sollevati alla sfera di astratta generalità, fondano la *Teorica delle pene* e *delle ricompense*, di che dotte penne politiche han maestrevolmente trattato.

siensi risolute, quella che dicesi pregiudiziale e quella che si dimanda principale. Quindi ben ha diritto la parte civile di presentarsi innanzi al magistrato civile, e chiedere che gli si aggiudichi la porzione della pena che gli è dovuta a titolo di risarcimento, senza che gli sia mestieri provare il suo diritto, cioè la reità del convenuto. Solamente gli corre il dovere di provar la qualità di offeso o di suo rappresentante, e di liquidar la *quantità* de' danni-interessi (1).

(1) Svelasi quindi assai chiaramente il manifesto torto del Toullier, che distingue l'oggetto dell' azion civile da quello dell'azione penale; ed il torto eziandio di coloro che, volendolo combattere, gli mandan buona cotesta sua supposizione.

TITOLO III.

Dimostrazione ideologico-storica di questa stessa unità e successiva decomposizione secondo il diritto romano.

· Premesse queste poche filosofico-politiche osservazioni, per maggiormente convincersi che l'oggetto dell'azion civile sia parte integrale della pena dovuta pel reato, egli è pregio dell'opera riandar con rapidità il progressivo svolgersi in siffatta materia del diritto romano, e poi del diritto germanico, che in Italia ed in tutte le province di Roma a quello successe e prevalse. Si vedrà come l'azion penale esercitavasi in origine solamente dall'uom privato ch' era stato offeso, e come la pena sulle prime era affatto pecuniaria e volgevasi in beneficio di lui: si vedrà, come a poco a poco in quella si scòrse certa parte di comune utilità, e però divenne d'interesse *semipubblico*; ed in seguito aggrandendosi la sfera delle nozioni politiche intorno alla sovranità, acquistò le sembianze di *pubblico diritto;* ed i giudizî, di privati e indi semipubblici, *in pubblici* giudizî si mutarono. In somma, si divisierà come l'azione civile, non altrimente che l'interesse privato ed ogni altra idea singolare e concreta, sia nata innanzi la penale, presa questa nel senso di astratta e pubblica, cioè d'interesse universale e comune a tutti i membri di una nazione; e poscia, progredendo il dispiegarsi delle astratte idee verso il generale, di semplice ella

Digitized by Google

siasi trovata composta; e quell'elemento che solo scernevasi ne' primi tempi, in quelli di *pura sensazione* e di concreto e individuale interesse, quell'elemento che formava la base e l'unico oggetto dell'azione penale, divenuto sia a poco a poco elemento integrale o parte di un tutto, prendendo invece il posto di principale e di maggiore importanza l'elemento allora non discoperto, l'elemento di pubblica ragione (1).

Quindi, rimanendo gradatamente in balìa della parte offesa l'esercitar l'azione semipubblica per la *estraordinaria* pena, il giudizio o azione, che innanzi era di natura privato e civile, cangiossi dipoi in primario e necessario; ed il privato all'incontro convertissi in secondario e di minor momento.

Tanto dal vero si diparte il supporre che l'azion civile sia accessoria e ligia della penale, che ella per l'opposto apparve la prima al mondo; divenne indi parte integrale, comechè d'inferior pregio e rilievo. Nè men lontano dal vero è l'affermare che la parte civile, riunendo alla penale l'azione per lo ristoro de' danni-interessi, indossa la divisa di parte intervenente in giudizio! Come dir mai interventore chi esercita la stessa azione, quantunque si limiti ad una sola parte del medesimo oggetto constituente la pena? chi esercita un'azione che ha la stessa causa

(1) In tutte le scienze accade quello che in chimica; cioè che i semplici sonosi trovati composti. Chi non ha guardato a questo ideologico andamento dello spirito umano si ride delle tante successive distinzioni di giurisdizioni o corpi giurisdizionali che a mano a mano si crearono ne' vari stati di Europa, massimamente dal decimoquinto secolo fino all'ultima riforma legislativa; nè si accorge di aver percorso la storia politica de' popoli europei senza la miglior fiaccola e guida.

petendi dell' azion penale, e porta quindi la stessa divisa (1)? Egli pare evidente esser la parte civile un *coattore* del M. P., da chi viene anche rappresentata in quanto alla quistion pregiudiziale, ove ella dal giudizio sia assente. E sol perchè in ciò è rappresentata, a lei punto non si compete il rimedio della *opposizione* di terzo. Essa è *principale* al par dell'altra; e sieguono entrambe, per *ideologica necessità*, il risultamento della risoluzione della question pregiudiziale, cioè la efficacia e la spinta della *causa petendi* dalla quale sono generate.

Ciò posto, diamo rapidamente uno sguardo ideologico-storico alla romana legislazione sul punto in contesa.

Il furto, la rapina, e l' ingiuria eran delitti puramente privati, da'quali emergeva l'azione penale detta *poenae persecutoria*; e la pena, tutta pecuniaria, attribuivasi alla parte offesa. Ed è da notare che non isperimentavasi cotal diritto per via di *accusa*, o d' *inquisizione officiale* innanzi a' magistrati; ma sì per via d'*azione* avanti ai giudici dati, detti *pedanei*, o a tre così detti *ricuperatori*; e quest' azione dimandavasi *judicium privatum*, come ogni altra azione che procede da contratti o quasi-contratti tanto è vero che aveasi come azione assolutamente relativa al privato interesse, *rei familiari*! Nulladimeno ella era di carattere penale: *cum furti actio ad* poenae *persecutionem pertineat, condictio vero*

---

(1) Opinioni di tal sorta muovon sospetto, che non siasi risalito alla genesi ideologico-politica di siffatte azioni; e che per conseguenza non siasi compresa la vera genesi dell'intera legislazione, la quale risulta dal graduale svolgimento di queste tre idee, *azione*, *giurisdizione*, *legge*.

et vindicatio ad rei recuperationem (1). Nelle Instituta poi, parlandosi della rapina, è detto: *quadruplum autem non totum* poena *est*, *sicut in actione furti manifesti diximus*, *sed in quadruplo inest et rei persecutio* : *ut* poena *tripli sit* (2). E nel Digesto sotto il medesimo titolo : *adversus haeredes*, *vel caeteros successores, non dabitur, quia* poenalis *actio in eos non dabitur* (3). Nelle Instituta si soggiunge : *sed* poena *quidem injuriae, quae ex lege XII Tabularum introducta est*, *in desuetudinem abiit* ; *quam autem Praetores introduxerunt*, *in judiciis frequentatur.* Quindi è che, essendo penale, non competeva contro l'erede: *injuriarum actio neque haeredi, neque in haeredem datur* (4).

Scopresi da queste leggi esser *privata* e puramente pecuniaria l'indole dell'azione penale, per forma che nulla scorgevasi in essa di pubblico interesse ; e l'azione riuniva in sè la vendetta insieme ed il risarcimento dell'offeso.

Cominciò dipoi a scernersi una certa relazione di cotesti reati col pubblico interesse, una certa *inquietudine* rispetto agli altri comechè non direttamente colpiti, ed una maggior baldanza ne' deliquenti. Non furon quindi considerati nè come privati nè come pubblici, ma di natura mista di privato e di pubblico, cioè *semipubblici.* Si ebbe perciò intendimento d'introdurre contro siffatti trasgressori l'azione denominata *extra ordinem*, o sia un procedere criminale, *crimina-*

(1) *L.* 54, §. 3, *D. de furtis.*
(2) *De vi bonorum raptorum.*
(3) *L.* 1, §. 27.
(4) *L.* 13, *ff. de injuriis.*

liter. Quindi in proposito di furti Ulpiano scrisse: *Meminisse oportebit, nunc* (ora, non per lo innanzi) *furti plerumque* criminaliter *agi, et eum, qui agit, in crimen subscribere : non* quasi publicum *sit judicium, sed quia visum est temeritatem agentium etiam* extraordinaria *animadversione coercendam* (1). Non pertanto si rimase salvo all'offeso il diritto di agire *civiliter*, cioè per la pena pecuniaria in suo vantaggio, in compensazione de'danni-interessi e della sua vendetta. *Non ideo tamen minus,* aggiunge il giureconsulto, *si qui velit, poterit civiliter agere.* Parimente Ermogeniano insegna (2): *De injuria nunc* (si faccia la stessa osservazione, *ora, non prima)* extra ordinem *ex causa et persona statui solet. Ei servi quidem, flagellis caesi, dominis restituuntur: liberi vero, humilioris quidem loci, fustibus subjiciuntur: caeteri autem vel exilio temporali, vel interdictione certae rei coercentur.* Cosicchè dallo stesso Ulpiano si stabilì la regola generale: *Si quis actionem, quae ex maleficiis oritur, velit exequi; si quidem* pecuniariter (*idest civiliter*) *agere velit, ad jus ordinarium remittendus erit: nec cogendus erit in crimen subscribere*; *enimvero si* extra ordinem *ejus rei poenam exerceri velit, tunc subscribere eum in crimen opertebit* (3). Ed altrove è detto in questo medesimo senso: *In summa sciendum est de omni injuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere, vel civiliter* (4).

L'indole medesima di *penale* si ravvisa in quell' azione, che in pro del padre o del padrone si concedeva dalla

(1) *L.* 92, *de furtis.*
(2) *L.* 25, *de injuriis.*
(3) *L.* 3. *ff. de privatis delictis.*
(4) *Instit. de injuriis.* §. 10.

legge Aquilia per la uccisione, mutilazione, o altra offesa recata al proprio figliuolo, al servo, rinfrancando l'uno e l'altro del danno sofferto con obbligare il malfattore, previa stima, al risarcimento. Questo danno dovea cagionarsi *injuria*, significando con questa voce *quod non jure factum, hoc est, contra jus, idest, si* culpa *quis occiderit, et ideo interdum utraque actio concurrit et legis Aquiliae*, *et* (dove arrecato si fosse per dispregio) *injuriarum. Sed duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumeliae* (1).

Che in pena di cotal trasgressione e a soddisfazione dell'oltraggio siasi minacciata la condanna al rifacimento dell' offeso, appare dalla seguente legge; cioè che concorrendo parecchi in uccidere un servo altrui, ove si agisse in giudizio contra un solo de' complici, *caeteri non liberantur; nam ex L. Aquilia quod alius praestitit, alium non* relevat, *cum sit* poena (2). Ed appunto perchè *penale*, non era dato che siffatta azione si sperimentasse in danno degli eredi del delinquente; *sed in haeredem haec actio non dabitur, cum sit* poenalis.

L'azione *de effusis et dejectis* ritiene la medesima indole; e la pena consiste nel doppio del danno cagionato.. .. *quantum ex ea re damnum datum, factumve erit, in eum*, *qui ibi habitaverit, in* duplum *judicium dabo* (3). Ulpiano medesimo, autor di questa legge, osserva: *Haec actio, quae competit de effusis et dejectis, haeredi competit, in haeredem autem non datur* . . . . *quia* poenalis *est et popularis* (4).

---

(1) *L.* 5, §. 1, *ff. ad L. Aquil.*
(2). *L.* 11, §. 2, *ibid.*
(3) *L.* 1. *ff. de his qui effuderint vel dejecerint.*
(4) L. 5. *Ibid.*

In quanto all'uomo libero, *sui juris*, se egli fosse perito, sia per le cagioni divisate dalla legge Aquilia, sia per le assegnate dalle leggi sotto il titolo *de his qui effuderint vel dejecerint*, non si fulminava la pena del doppio del danno; giacchè, per nobilissima sentenza, riputavasi incapace di estimazione il corpo di uomo libero ed ingenuo; ma si imponeva soltanto la pena di 50 *aurei*: *Sed cum homo liber periit, damni aestimatio non fit in duplum; quia in homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest; sed quinquaginta* aureorum *condemnatio fit* (1). Il pagamento di questi *aurei* facevasi in pena della uccisione: infatti non davasi l'azione contra l'erede, *quia poenalis* (2). Che se non fosse stato morto, ma solo avesse nella persona sofferto alcun nocumento, come ferita, mutilazione ec., allora in pena di ciò si condannava l'autore dell'una o dell'altra al pagamento di tutte le spese di medicamenti e del lucro cessante dal momento dell'offesa fino al termine della malattia, ed in caso di mutilazione, per tutto il corso della vita: *cum liberi hominis ex eo, quod dejectum, effusumve quid erit, laesum fuerit, judex computat mercedes medicis praestitas, caeteraque impendia, quae in curatione facta sunt: praeterea operarum, quibus caruit, aut cariturus est, ob id, quod inutilis factus est*, cicatricum *autem aut* deformitatis *nulla fit aestimatio*, *quia* liberum corpus *nullam recipit aestimationem* (3). E che ciò a titolo di pena si imponesse, raccogliesi da quest'altra legge: *Si libero homini nocitum sit, ipsi perpetua erit actio; sed si alius velit experiri, annua erit haec actio; nec enim haere-*

---

(1) *L.* 1. §. 5, *de effusis et dejectis.*
(2) *L.* 5, §. 5. *Ibid.*
(3) *L.* 7. *Ibid.*

dibus jure haereditario *competit: quippe quod in corpore libero damni datur, jure* haereditario *transire ad successores non debet*, quasi non sit damnum pecuniarium; *nam ex bono et aequo oritur* (1).

Ma la pruova più evidente della natura penale di siffatta azione ne vien fornita dalle varie allegate leggi del tempo in che si cominciò a scernere il carattere *semipubblico* ne' reati di furto, di rapina, d'ingiuria; prescrivendo elle di potersi agire *extra ordinem*, cioè *criminaliter*, contra l'autore di quelli col soggettarlo ad una più grave punizione, che si disse *extraordinaria animadversio*. Allora fu consentita all'offeso l'alternativa di agire *vel civiliter*, *vel criminaliter*; ed in quest'ultimo caso non era solamente obbligato *subscribere in crimen*, cioè di sottomettersi alla pena della calunnia; ma doveasi inoltre contentare di esigere la sola estraordinaria pena senza essergli dato riscuotere la pecuniaria soddisfazione. Ciò dimostra che questa pecuniaria soddisfazione pagavasi a titolo di pena; e che non si potendo per lo stesso delitto patir due pene, doveasi limitar l' attore alla sola straordinaria. Il dimostra altresì l' osservare, che queste due azioni *civiliter, vel criminaliter*, concorrevano *concursu electivo*, *non cumulativo;* sì perchè chiaro desumesi dal riferito §. 10, *Instit. de injuriis: In summa sciendum est, de omni injuria eum, qui passus est, posse vel* (si noti la disgiuntiva o alternativa) criminaliter *agere*, *vel* civiliter; sì perchè ciò evidentemente appare dalla dianzi trascritta *L. 3*, *D. de privatis delictis: Si quis actionem etc.* Il che dinota che la causa *petendi*, su cui si fonda l' una e l'altra azione, sia *identica*. Il dimostra finalmente il vedere, che quando questi reati di omicidio,

---

(1) *L.* 5 §. 5. *Ibid.*

o di semplice ferita, non per *colpa* o imprudenza, ma *consulto*, volontariamente consumavansi, allora non più la somma di 50 *aurei* si aggiudicava al persecutore di simil reato, ma soggettavasi il delinquente alla sola pena criminale; non essendo ancor così alto poggiata la romana intelligenza da scoprire, come appresso avvenne, il diritto nella vedova e negli eredi dell' ucciso a' danni-interessi, per esser mancato chi loro somministrava i mezzi di sussistenza.

Scorrendo tutte le leggi del Digesto e del Codice sotto il titolo *de poenis*, *de bonis damnatorum*, *et de publicis judiciis*, non incontrasi veruna disposizione che desti pure il sospetto esservi stato nell'esercizio dell'accusa lo smembramento della parte puramente pubblica e che ora ella sola impropriamente si dice *azione penale*, e della parte puramente privata che al presente dimandasi *azione civile*, e che taluno interpetra a lettera quasi fosse in perfetta opposizione colla natura dell' azione penale. I beni del dannato andavano nel fisco, e solamente le doti della moglie di lui, la legittima de'figliuoli, i crediti già con altri contratti, rimanevan talvolta salvi in favor degli interessati. Ancora, perchè riputavasi la pena più debito di vendetta in satisfazione della parte lesa, che pubblico esempio, pegno di *futura guarentia e sicurezza* in pro dell'universale, si stimò risarcito di ogni danno, mediante la condanna alla pena criminale e di rilievo, colui che vendicar coll' accusa voleva la propria ingiuria ed il proprio dolore, o l' ingiuria ed il dolore de' suoi.

Già abbiam di sopra notato che l' azione penale fu ne' principî dell' umana civiltà tenuta per elemento semplice, e che dipoi col migliore e successivo progredir di quella si scoperse composta di due elementi, uno princi-

palmente ed assolutamente *pubblico* o sia di nazionale interesse; l'altro, comechè di origine similmente *politica*, in quanto all'oggetto nondimeno, e sotto un particolar rispetto, di ragion privata. Ed è degno altresì da osservarsi che in sul nascere della società essendo gli uomini per difetto d'industria non che scarsi di beni di fortuna, ma miseri, molto pregio essi mettono e superiore a quello della propria vita ne' mezzi di sussistenza. Questa a noi sembra esser la cagione dell'indole *pecuniaria* di tutte le pene che si danno presso i vari popoli nascenti, le quali vengono a mano a mano cadendo in disuso, e sottentranvi le pene *corporali* a misura che l'industria, creatrice de' modi da sussistere, si aumenta; dappoichè si vien allora mettendo assai più affezione alla vita. E svolgendosi nel cuor umano, col crescer delle arti e del commercio, sentimenti più nobili e delicati, l'amore della propria esistenza si rende maggiore, minore al contrario l'avido attaccamento alla roba, per esser più facile il procacciarsi la vita; in modo che meglio che la pena pecuniaria, colpisce la corporale e riesce assai più efficace (1). Ed è questa una pruova eziandio del carattere *penale* dell'azione civile *ex delicto*, la quale sul bel primo dalle romane leggi si concedeva; e di ciò si comprende come alla pena pecuniaria si venne sostituendo la pena afflittiva.

(1) *In veteri illa paupertate*, dice Giustiniano, (*Instit. de injuriis*) per giustificar la pena pecuniaria di 25 assi, sancita ne' primi e rozzi tempi di Roma per ristorar dall' ingiuria.

Fosse per avventura la frequenza di cotesti reati, la baldanza de' delinquenti, al dir di Ulpiano, e l' agitazione dell' universale la cagione del progressivo mutamento delle pene pecuniarie in corporali? Fosse il maggiore rispetto che si ha per la proprietà secondo che cresce l' incivilimento degli uomini; donde la necessità di adoperar mezzi più severi a miglior guarentia di quella?

di corpo, e di poi la pena d'infamia; la quale nacque allorquando, messi gli uomini in certa relazione politica di società fra loro, sentiron la forza della pubblica opinione, l'impero della pubblica stima. Il che acquisterà nuovo vigore dal rapido cenno che sullo stesso proposito siam per dare del corso genealogico del diritto germanico.

Non pertanto giova qui notare eziandio, che non prima del terzo secolo dell'Era cristiana, ch'è quello del maggiore avanzamento a cui giugnesse la romana legislazione, cioè sotto il famoso triumvirato degl' insigni giureconsulti Ulpiano, Paolo, e Papiniano, cominciò a farsi alquanto sentire quel divario che innanzi era indistinto tra l'interesse *privato*, *semipubblico*, e *pubblico*; e quindi tra' delitti *privati*, *semipubblici*, e *pubblici*. Una moltitudine di dubbî insorse allora nella mente di questi uomini eccelsi circa la forza ed autorità della cosa giudicata, circa le quistioni pregiudiziali, e le azioni riguardanti *rem familiarem* e le concernenti *rem publicam*. Di qui a creder nostro prende origine la grande irrisolutezza che mostra Ulpiano nella *L.* 7.§. 1, *ff. de injuriis* intorno alla questione, se il privato giudizio o azione penale privata pregiudichi alla pubblica: di qui il suo parlar perplesso nella *L.* 2, §. *1*, *de vi bonorum raptor.*, e la sua contraria dottrina nella *L.* 23, §. *9*, *ad l. Aquil:* il parlar incerto e vago di Paolo, ed in alcuna guisa diverso da quello di Ulpiano nella *L. interdum ff. de pub. judiciis*. Quindi pure la somma confusione dei romaneschi dottori su tal controversia; comechè nel fôro dalla più sana parte di essi venissero siffatte leggi intese nel significato di semplice pregiudizio o anteriorità di tempo, non in quello di *question* pregiudiziale o *cognita*.

E nel vero, le due azioni, la privata e la pubblica, sono

entrambe *penali*, non già l'una provegnente dalle civili, e l'altra dalle leggi penali. Entrambe hanno per fondamento e per causa efficiente il fatto *criminoso*. Ma in quel tempo non si scerneva ancor chiaro tra la parte di privato interesse e quella di ragion pubblica; e d'altro lato la *privata* vantava maggiore antichità e combatteva per essa non che l'uso costante e secolare, l'interesse proprio di ogni offeso che mal soffriva di vedersene spogliato; laddove la *pubblica* era assai recente, nè da que' pochi sommi ingegni pur compresa in tutta la sua forza ed estensione. Credevasi inoltre che, pagandosi mediante il pubblico giudizio la pena, si venisse a compier la pubblica insieme e la privata vendetta senza avervi luogo altro risarcimento, siccome venne di sopra osservato allegando la L. dello stesso Ulpiano *Si quis actionem* sotto *il tit. de privatis delictis*. D'altra parte, non avendo una distinta idea delle questioni pregiudiziali come *dati*, e credendo esservi certa *essenzial* differenza di origine e natura tra' *privati* delitti ed i *pubblici*, accadde che que' valentissimi giureconsulti fossero rimasi in istato di dubbiezza e di talquale confusione; ed usato avessero perciò un parlar vario ed irresoluto (1).

---

(1) Un insigne scrittore, che sinceramente ammiriamo e rispettiamo, illuso dalla simiglianza de' nomi, nè ponendo ben mente alla inesattezza del linguaggio delle nuove leggi, nè all' unità della civile e penale azione, ha creduto rinvenire nelle leggi di Roma, sotto la frequente frase *civiliter agere* in opposizione del *criminaliter agere*, lo stesso concetto che ora si attacca all'*azione civile* in conformità delle leggi moderne; ed a' molti equivoci, per noi finora nel testo e nelle note della presente memoria divisati, ne' quali egli è caduto, vi ha pure aggiunto quest'altro. Le premesse osservazioni fan chiaro il suo inganno. Il *civiliter agere* dei Romani suona *azione penale* intesa non ad imporre al reo pena

TITOLO IV.

Dimostrazione ideologico-storica di questa stessa unità e progressiva decomposizione secondo il Diritto Germanico.

Non altrimenti andò la bisogna presso i popoli di Germania e gli altri della medesima origine : la pena da prima fu tutta pecuniaria , ed attruibuivasi del pari all' offe-

---

corporale, ma bensì pecuniaria , la quale in rifacimento e per vendetta raccoglievasi dall' offeso. Si adoperava eziandio nel medesimo senso la frase *de re familiari agere*, e quella *de re publica* : colla prima volevasi intendere non l'azione di restituzione (*restitutoria*) delle cose tolte o rapite, la quale del *dominio* è figliuola; ma quella diretta a conseguir la pena pecuniaria del doppio o del triplo dovuta pei delitti che dimandavansi *privati*, ed in vantaggio dell' ingiuriato ; e perciò l' azione dicevasi *de re familiari*. Quando poi crebbe la romana civiltà, allora si vide il *criminaliter agere* sottentrare al *civiliter*, minacciando pene corporali in cambio ed esclusione delle pecuniarie; e se di pecuniarie ancor ne rimasero , non più in utilità dell'uom privato e per effetto del privato giudizio o azione, ma vennero aggiudicate in pro del fisco e *criminaliter agendo*.

Un altro significato si diede alla frase *civiliter agere* , o *actio civilis* de' Romani. Nella prima età non riconoscevasi , come più di sotto additeremo, se non se legge *penale* ed azione *privata penale*. Allorchè dal seno delle penali emersero le leggi civili, decomponendosi in due distinte classi , formarono le ultime una sorgente di diritti e di obbligazioni assai differente ; ond'è che aprestarono un rimedio ben diverso da quello delle leggi penali. Spuntarono quindi le *azioni civili*, per *causa* distinte e per *oggetto* dalle azioni penali ; intendendo le civili a far *conseguire* , *ricu-*

so. Volgendo uno sguardo ai giudizi penali ed alle pene di cotesti popoli, osservasi che appo loro, siccome avviene presso di qualunque nazione al suo nascere, gli offesi si vendicano colle proprie mani, ed una guerra privata accendesi tra l'offeso e l'offensore, non men che tra le rispettive famiglie, nelle quali, per costante costume delle generazioni germaniche, le nimicizie e le amicizie eran comuni a tutti i loro membri. Questa guerra, per istanchezza, per sommesse maniere dell' offensore, o per intercessione di persona autorevole, finiva con una transazione tra le due famiglie, pagandosi da quella dell'ingiuriante all' altra la così detta *faida*, *redemptio pacis*. Allorchè cominciarono siffatte genti ad aver de' giudici e questi a far va-

---

perare, o *conservar* la proprietà *reale*, a mandare in esecuzione le *personali* obbligazioni. Non sì tosto fu introdotta siffatta distinzione, che invalse per analogia la denominazione di azione civile o sia la frase *civiliter agere* anche in proposito dell'azion penale *privata*, la quale non aveva d'ordinario per iscopo che una pena *pecuniaria*. E quando il fisco stesso, perseguitando i reati, riscuoteva la semplice pena *pecuniaria*, anche per la medesima *analogia* si disse che agivasi *civiliter*; quantunque l'azione ed il giudizio fosser penali. Di qui pure l' origine del volgar linguaggio — l'ha trattato *civilmente*, non *criminalmente*; — volendo con ciò significare esser cosa lieve e di poco momento; perciocchè la idea di criminale sveglia ordinariamente quella di pena *afflittiva* di corpo, e di un proceder severo. Anzi nel tempo che rinacquer le romane e collegaronsi colle germaniche leggi non meno appo noi che in quasi tutta l'Europa, la giurisdizione criminale o sia il *mero impero* dividevasi dai dottori in sei gradi, l' ultimo de' quali si dimandava *merum imperium minimum*, e consisteva precisamente nel potere d'imporre pena *pecuniaria*; talchè appellavasi giurisdizione *civile* l' uno, e pena *civile* l' altra; la qual giurisdizione veniva esercitata anche dal magistrato civile. (*Vedi* Xaver. Caravita, *Inst. crim. lib.* 3. §. 1.)

Egli è mestieri adunque di por mente a non confondere queste

lere alcun poco il loro potere, ebbe il delinquente a sborsar anche una multa, che veniva tra il giudice divisa e la

---

due differentissime significazioni; altrimente s' incorrerà in gravissimi assurdi.

Or di qui si fa manifesto il naturale ingenuo e semplicissimo senso della *l. unic.* C. sotto il titolo *Quando civilis actio criminali praejudicet etc.* Nella quale si stabilisce la regola, che qualora ad un uomo privato in occasione di suo particolare interesse, *de re familiari*, per due vie soccorresse la legge, per la via civile e per la penale, o a dirla più chiaramente, qualora il soccorso non solo gli venisse dal Codice civile, ma ancora dal Cod. pen., a lui competerebbe lo sperimento e della penale e della azion civile. Le quali due azioni, come quelle che muovono da due diverse leggi, da due cause differenti, *non ab eadem causa petendi*, non si potrebbero distruggere a vicenda, inguisachè, *una electa*, *altera tollatur*: ben si potendo in seguito dell'una, esercitar l' altra. Le leggi civili indipendentemente dalle penali, e queste indipendentemente da quelle, forniscono in tal caso un' azione da guarentire e giovare l' offeso. Nè le due azioni cospirano all' identico scopo; giacchè la penale è rivolta alla privata, o pubblica vendetta, e in tempi di perfetta civiltà, alla *pubblica* e *comune sicurezza*; e la civile alla restituzione e ricuperamento della cosa involata o rapita: l'una è *poenae persecutoria*, e l'altra *persecutoria rei*; cosicchè *nec eadem causa petendi*, *nec eadem petitio* fra loro due concorre. Laonde non vi può essere assurdo se dopo aver tentata la penale vengasi allo sperimento della azione civile, non essendo possibile che l' una torni in pregiudizio dell' altra.

Le leggi di sopra riferite intorno il furto e la rapina comprovano ciò fino all' evidenza: *Cum furti actio ad* poenae *persecutionem pertineat*, condictio *vero et vindicatio ad rei* recuperationem, *apparet*, *recepta re*, *nihilominus* salvam *esse furti actionem*: *vindicationem vero et condictionem tolli*: *sicut ex diverso post solutam dupli*, *aut quadrupli poenam*, salva *est vindicatio et condictio*. *Vindicatio et condictio* sono due azioni che derivano dalla legge civile, non dalla penale; e la rivendica, *vindicatio*, emana dal *dominio*, non dal fatto del furto: ed entrambe non alla pena del doppio o del quadruplo, ma bensì mirano alla restituzione della

famiglia ingiuriata. Distinguevasi pertanto da questa la *satisfazione*, ch'era la *faida*. La qual multa era anch'essa

---

cosa involata. Così nel quadruplo della pena della rapina *inest et rei persecutio*; talchè conseguita la restituzione della cosa rapita *vindicatione*, la pena, oggetto dell'azion penale, *tripli sit*, non più del quadruplo. L'interdetto *unde vi* (altro esempio della stessa citata legge unica sotto il titolo *Quando civilis actio etc.*) è di sua natura un rimedio civile dalle leggi civili concesso: oggetto ed efficacia di quello è il rimettere in possesso dello stabile chi n'era stato *vi vel vi armata* espulso. D'altro lato, ben diverso è l'obbietto che proponesi la legge penale 1. *ad L. Juliam de vi privata*, di punire cioè per pubblico esempio l'invasore, dannandolo nella terza parte de' suoi beni, e dichiarandolo incapace di esser decurione, giudice, e di occupare qualunque altra carica. Qual relazione passa egli tra questi due rimedî? perchè, adoperato il penale, non si potrebbe usar il civile? Quando ragionasi dell'azione *bonorum raptorum*, la quale nel quadruplo di ciò che con violenza s'è rubato comprende il valor della stessa cosa rapita, io ben intendo perchè non sia più permesso intentar l'azione di ricuperamento della cosa, azione provegnente dal diritto civile, *rei persecutio*, essendo ella ad un tempo *rei et poenae persecutoria*; ma nella proposta specie dell'accusa o giudizio pubblico *ex L. Julia de vi privata* non veggo inclusa la restituzione del possesso. Anzi nella *l.* 4, *C.* sotto questo titolo viene espressamente esclusa l'azion del possesso: ed è ben da notare la chiara distinzione che in quella si fa tra 'l rimedio o azione *civile* ed il rimedio penale che da distinta causa procede: *aut civiliter super* possidendo *agat, aut impleta solemnitate juris*, crimen violentiae *opponat*. E nella *l.* 4, *C. Unde vi* la distinzione vien fatta con maggior precisione: *Si de possessione vi dejectus es, cum et lege Julia* vis privatae *reum postulare, et ad instar interdicti* unde vi *convenire potes, quo reum causam omnem praestare oportet*. Il Gotofredo in fatti cita in nota precisamente la *l.* 1 *C. Quando civilis actio*, per dar di ciò buona ragione. Così ancora nel caso di soppressione di un testamento le civili leggi porgono l'azione *exhibitoria tabularum*, oggetto della quale è la produzione o esibizione del testamento: per l'opposto dalle leggi penali si dà l'a-

una *composizione*, e diccvasi *widregildum*; e quando un uomo era stato ucciso, chiamavasi *weregeldum*. Ne' de-

zione *ex l. Cornelia de falsis*, che ha in mira il pubblico esempio nello imporre la pena afflittiva all'accusato, il quale, se era servo, veniva dannato nel capo, se libero, soffriva la deportazione colla confisca di tutti i beni. Similmente se un liberto si spacciava ingenuo, avevasi contro di lui doppia azione, quella *de operis* che dalle leggi civili deriva, e quella tutta penale che proviene *ex L. Visellia*, come risulta dalla *l. 1. Cod. ad L. Viselliam*, dove si dichiara potersi nel primo caso agire *civiliter*, e nel secondo *criminaliter*: *Qui autem libertinus se dicit ingenuum, tam de operis* civiliter, *quam etiam ex l. Visellia* criminaliter *poterit perurgeri*. Non altrimente è disposto nella *l. 1. C. ad L. Fabiam de plagiariis*: è lecito agire *civiliter*, cioè *vindicatione*, in virtù del dominio *quiritario*, per ricuperar l'ancella stata rubata: *criminaliter* qualora si voglia perseguitare il fatto criminoso ed intentar in via penale l'accusa, *legis Fabiae crimen*: *Apud suum judicem* civiliter, quivi è detto, *in rem* actione *instituta consistat*. Nell'altra ipotesi si soggiunge, *si vero in causa tenuerit, etiam legis* Fabiae crimen *persequi poterit*. Nel reato di falso era eziandio aperta, come al presente, la via civile e la penale. *l.* 5. 9. 11. 23. 24. *Cod. ad L. Corneliam de falsis*. Ma quando civilmente agivasi in materia di falso, l' oggetto era solo *de fide testamenti*, cioè della veracità della scrittura prodotta in giudizio, come nel nostro giudizio incidente di falso in linea civile.

Questa teorica non è punto contraria alle leggi che or ne governano: e gli allegati esempî tornan bene in acconcio anche in proposito di esse.

Ebbe quindi ragione Triboniano di far delle giunte alla legge di Graziano registrata nel Codice di Teodosio sotto il titolo *Victum civiliter etc.* E Giacomo Gotofredo, illustre annotatore ed iuterpetre di quel Codice, facendo notar siffatte giunte, non si duole che Triboniano avesse commesso alcuno errore.

Ond' è che somma meraviglia ha in noi destato l'egregio scrittore pocanzi lodato per aver così male interpetrato cotesta legge e voluto applicarla all' azione *civile*, parte integrale dell' azione pe-

litti più atroci anche al fisco si pagava una multa la quale appellavasi invece *fredum*, e serviva ad ottener la

---

le; dovechè non di due azioni *ex eadem causa*, ma *ex diversa* emergenti, apertamente in quella si ragiona.

Molto meno fa al nostro proposito la *l.* 32 *di Ermogeniano ff. de obligat*, *et act*. La quale discorre delle varie distinte azioni risultanti da varie leggi, ma tutte penali, considerando il fatto criminoso sotto differenti aspetti, ma sempre penali, non già civili e penali. Così nell' esempio di cotesta legge si reca il fatto criminoso *arborum furtim caesarum*, il quale valutasi come *damnum injuria datum*: e quindi la legge Aquilia porge l' azione penale in soccorso; e la l. delle XII Tavole appresta nel tempo stesso un' altra consimile azione. Ma in queste due azioni, che sono due cose *sostanzialmente* diverse, non avvi il carattere di due elementi integrali di un sol tutto, siccome avviene in ordine all' azione civile e alla penale delle nuove leggi; per conseguenza non vi ha tra loro niuna relazione, nè la differenza della *causa petendi*. Il fatto criminoso, includente le *condizioni* della legge, è lo stesso; e perciò l' effetto vuol essere un solo: di maniera che sperimentando una di esse, è precluso all' altra l' ingresso, ove questa non sia più estesa della prima, giusta la l. 60 del riferito titolo: *Numquam actiones penales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit*. La qual legge insieme con quella di Ermogeniano vien chiarita da Paolo nella *l.* 1. *arborum furtim caesarum*, dove è detto: *Si furtim arbores caesae sint*, *et ex l. Aquilia*, *et ex XII Tabularum*, *dandam actionem Labeo ait. Sed Trebatius ita utramque dandam, ut judex in posteriore deducat id*, *quod ex prima consecutus sit*, *et reliquo condemnet*.

Sicchè coteste due azioni, che procedono dalla stessa *causa petendi*, danno luogo al concorso *elettivo* in questo senso: che la seconda più non possa tutta spiegar la sua efficacia, ma ottener soltanto il di più che colla precedente non erasi conseguito. Il qual di più si riferisce alla quantità, all'*idem jus*, *eadem quantitas*, non mai alla *causa petendi*. Ed al contrario di quel che in materia civile è prescritto nello stesso diritto romano, in penale si ammette, per odio del reato e de' rei, che si possa con altra azione nascente dalla stessa origine riscuotere quel contingente di pena che

pubblica difesa, la pace colla nazione, *redemptio pacis, regalis compositio pacis, bannum*. Nè la multa agli offesi dovuta pagavasi pe' soli delitti così detti privati, i quali appo i Germani erano *delicta, quae carcere et mulcta puniebantur* (1); ma pe' delitti capitali eziandio, e per quelli che soggiacevano a pena afflittiva di corpo. Siffatta multa o premio di transazione era *legittima*, o *arbitraria;* cioè definita dalla legge, o commessa alla prudenza del giudice da cui, secondo le condizioni del reato, si misurava e stabiliva. Perciò nelle leggi longobardiche e ne' Capitolari si trova scritto, *compositio duplex, compositio tripla, satisfactio quadrupla*. Ond'è che, dal solo *crimenlese* in fuori, presso i Germani ogni specie di reato si poteva con tal multa pecuniaria redimere così rispetto al leso o a'suoi agnati, che rispetto al giudice o al fisco (2).

---

la già esercitata azione non dava facoltà di esigere. Ed intorno a ciò erasi agitata la gran disputa presso i giureconsulti al riferir di Ermogeniano, *post magnas varietates obtinuit*. Imperocchè la disposizione del diritto civile relativamente alla identità della cosa dimandata non permetteva si potesse rinnovar la dimanda per essersi richiesto o conseguito di meno.

Se l'offeso, in caso di taglio e di furto degli alberi, agisse anche per le vie civili, cioè per virtù del dominio, v' avrebbe allora due differenti *cause petendi*, ed il concorso sarebbe *cumulativo*; le due azioni quindi sarebbero essenzialmente distinte e generate da due diverse cagioni.

(1) *Beyerus. Posit. Digest. Lib.* 47, *tit.* 1, §. 1 *et* 11.

(2) *Ut nullus Bajuvarius alodem, aut vitam, sine capitali crimine perdat, idest si aut in necem ducis consiliatus fuerit, aut inimicos in provinciam invitaverit, aut civitatem capere ab extraneis machinaverit; et exinde probatus inventus fuerit, tunc in ducis*

Ne' tempi che susseguirono rimase in Germania l'uso di pagare o al giudice la multa che dicevasi *die vett*, o all'accusatore quella che si dimandava *die busse*; multa che dalla soddisfazione differiva, la quale chiamavasi *das wergeld*. La multa che si dava al giudice, cresceva in ragion diretta della costui dignità. E cotesta usanza di redimere con danari le pene afflittive di corpo durò fino agli altimi anni del secolo passato (1).

Ben altra era poi tanto la multa che all' offeso o alla famiglia di lui sborsavasi e che andava sotto il nome di *der busse*, quanto la satisfazione o composizione denominata *weregeldum*. Amendue differivano secondo la condizione di coloro ch'erano stati oltraggiati. Però ai conti, ai dinasti, agl'ingenui, davansi a titolo di multa trenta *solidi*, con la differenza, che a' primi si pagavano in oro, agl'ingenui in argento. Ai pagani all'incontro si sborsavano *solidi* 25, a'coloni liberi ed a coloro che non possedevano beni stabili, 15, ec. Lo stesso accadeva in riguardo al *weregeldum*; i nobili e gl'ingenui esigevano 18 talenti; i pagani 10, ec.

Sicchè nel diritto germanico non iscorgesi affatto sino a tal epoca distinzione veruna tra azione *civile* pe'soli dan-

---

sit potestate vita ipsius, et omnes res ejus, et patrimonium.

Caetera vero, quaecumque commiserit peccata, quousque habet substantiam, componat *secundum legem. Lex Bajuv. titol.* 2, *cap.* 1. §. 3, *et seq.*—Colla *L. Salica, tit.* 61, si provvede anche al caso di colui, che fa la dichiarazione di nulla possedere.

(1) . . . *Ut possis reddere rationem* (dice Einnecio) *cur* et hodie *quaedam poenae, veluti fustigatio, relegatio, carcer, certa poecuniae summa possint redimi. Elementa juris germanici, lib.* 2. *tit.* 18, §. 29.

ni-interessi dovuti alla parte offesa ed azione *penale* pel pubblico esempio. La *multa*, così variamente denominata, indica su questo punto il medesimo stato e lo stesso progresso delle leggi di Roma. Popoli pressochè selvaggi, senza industria, senza commercio, e quindi poveri, in niun conto avevano la vita, in moltissimo la roba. La vendetta era tutta privata; la multa perciò si attribuiva all'offeso e alla famiglia di lui. Oltre di questa multa loro si rendeva la cosa involata o rapita, ovvero l'estimazione di essa, *capitale*; più le spese del giudizio ed i danni-interessi sofferti per la lite e per l'indugio da questa cagionato, *delatura* o *dilatura*.

Quando poi cominciò tra le private offese e querele a porsi il poter giudiziario in mezzo, la multa si diè anche al giudice che per tal controversia incomodavasi; multa, che negli ultimi anni a noi vicini sussisteva sotto il nome di *jus sententiae*. Il *widregildum* offrivasi in satisfazione all'oltraggiato, allorchè il reato non consisteva nella uccisione di un uomo. Quello ed il *weregeldum* si pagavano, nel vero, pe' danni-interessi, ma in luogo di pena e di privata vendetta, siccome il *damnum injuria datum*, il danno punito dalla legge Aquilia. Certo è che furono in seguito introdotte le pene afflittive di corpo: e i reati guardaronsi in parte anche dal lato del pubblico interesse, come *semipubblici;* in modo che una idea e tal quale principio d'azione penale videsi, siccome in Roma, apparire ancora presso quei popoli, possessori delle sue occidentali province: ciò non ostante l'accusa fu privata, e sembrò piuttosto instituita per privata che per pubblica vendetta; cosicchè l'offeso alla pena pecuniaria o multa congiunse anche la pena afflittiva di corpo.

È qui da notare tra le due legislazioni, romana e ger-

manica, questa sola differenza: che dove quella non ammetteva alcun risarcimento per l' offesa recata nel corpo di un uomo libero, specialmente se l' uccisione fossesi consumata *consulto*; questa al contrario per ogni offesa, non escluso l'omicidio, nè le cicatrici, nè lo storpio, nè la mutilazione, ammetteva la pena pecuniaria.



TITOLO V.

Dimostrazione ideologico-storica della stessa unità e successiva decomposizione secondo il diritto romano-germanico-economico, o sia secondo il diritto regnante quasichè in tutta Europa fino allo spuntare del secolo corrente.

Nella prima età d' ogni nazione non solo l'azion civile, effetto di un reato, confusa era ed immedesimata con l'azion penale in quanto avea in mira la punizione del colpevole, ma le azioni di ogni altra natura, come la civile, la commerciale ec., venivano eziandio confuse sotto le sembianze di azion penale; imperocchè non altrimente che con la violenza fisica potevasi recar offesa nell' altrui proprietà, la quale nel puro e corporale possesso si riponeva. Il campo coltivato, il gregge, la cacciagione, la pescagione, la donna, il figlio, lo schiavo, come potevan mai ricevere offesa se non per vie di fatto, se non cacciando dal possesso il proprietario, furando, adoperando la rapina, scagliando percosse, cagionando ferite, uccisioni, ec.? Come in quella stagione immaginare la esistenza di scritture, e la loro alterazione o falsità? come supporre l' esistenza di contratti nel significato in che son ora intesi? come supporre azione di nullità di quelli per incapacità o per dolo di uno de' contraenti? Perciò tutta la giurisdizione esercitata in quei tempi non era che d'indole penale, comechè di proprietà si trattasse, sia *reale* sia *personale*, e fosse quistione di possesso, di godimento, e di

stato o qualità. Ecco il primiero ed unico aspetto, sotto il quale apparve il governo agli uomini, la giurisdizione, la legge: tutto in aria e sembianza penale.

Secondo che procedevasi oltre nell' industria e nell'incivilimento, inventata la scrittura, sollevavasi la mente alle astrattezze, ed il cuore inchinava a più dolci affetti. I modi di acquistare e di trasmettere, che diconsi *derivativi*, si andarono allora a poco a poco istituendo; i titoli per comprovare cotesti avvenimenti investitivi si escogitarono; lo stato di famiglia fu assai meglio stabilito ed assicurato; e le maniere di acquistarlo o di perderlo distinte vennero e sancite. Così la proprietà, dal concetto di una semplice materiale *occupazione* passando nella mente dell' uomo al concetto di un *diritto* che con l'animo solo, senza il corporale possesso, si ritiene e trasfonde; divisa in seguito nelle sue parti di nuda proprietà, di uso, di possesso civile, naturale, di usofrutto; distinta dall'idea di servitù; aprì gradatamente la via al nascere e svolgersi delle leggi puramente *civili* con isceverarle dalle penali (1).

Vedi la *Scienza del Diritto*, *Cap.* 2, *lib.* 1. — Osserva come insensibilmente progrediscono i novelli nostri bisogni e si vanno quindi dispiegando le nuove giurisdizioni e le nuove leggi! Osserva ancora la vera *causa* del principio dell' essere *non retroattive* le leggi! Le quali se sono effetto dell'umana natura e ne seguono il graduale incivilimento, come applicarle ai casi che alla loro nascita hanno preceduto? Se a codesto vero motivo si fosse posto mente, se i compilatori delle leggi si fossero persuasi esser elle una produzione progressiva di nostra fisiologico-politica natura, nè falso, nè indeclinabil senso si sarebbe a siffatto principio attribuito; nè alcuna contraddizione scorgerebbesi tra questo e la distinzione *istintivamente*, quantunque con molta acutezza, sentita dagli interpetri e fatta di leggi *dichiarative* a quelle così dette *in-*

E poi per la cresciuta alacrità dell' umano ingegno si venne spiegando la così detta industria commerciale da cui a mano a mano le leggi di *commercio* si derivarono.

Si procedè quindi dello stesso passo alla segregazione non pur delle leggi, in penali, civili, commerciali ec., ma altresì alla separazione e distinzion della giurisdizione in questi medesimi rami.

Lo stesso avvenne in quanto alle *azioni*, le quali sul principio si mostraron tutte sotto aspetto di penali essendo intese a vendicare prima col proprio braccio, indi con quello del capo, del *quirite*, del giudice, gli oltraggi ricevuti; poi, estesa la ragione e meglio ri-

---

novative, cioè create al momento, non preesistenti in forma di *consuetudini*, nè provegnenti dall' anzi divisata origine, ma puro parto d' ingegno del compilatore o facitor di leggi. Si sarebbe compreso aversi a tener tutte le nuove leggi, non all' istante e per incantesimo ingenerate e venute fuori, ma lentamente svolte dalla natura sociale, come abiti e concetti insensibilmente formati, i quali nello atto della compilazione ad altro non soggiacciono che ad essere *descritti* e di consenso *dichiarati*; e conseguon con ciò e colla *sanzione* e *promulgazione* una stabilità certezza e generalità che innanzi non avevano. E questo vuol dinotare la formola, che i legislatori han fino al cominciare del corrente secolo adoperata nel pubblicare le leggi: *diciamo* o *dichiariamo*, *stabiliamo*, ed *ordiniamo*. Il perchè la *non retroattività* non debbesi far valere dalla data della loro sanzione e promulgazione, sì bene dalla *fisica data* del natale di esse leggi a contar dal tempo che emergendo dall' indole della maggior parte della nazione, sussistettero come *costumanze*, *usi*, o *consuetudini* di essa, come *jus non scriptum*, o a dirla con più esattezza, come *jus nondum descriptum*. Allora siffatto principio di non *retroattività* starebbe d' accordo colla dottrina dai giureconsulti e nel fòro professata intorno alle leggi *dichiarative* che da quello si voglion sottrarre.

Che dovizia di rilevanti e nuove conseguenze da una sola verità, dedotta da suoi puri e sani principî!!

schiarata la intelligenza, venne fuori la distinzione delle azioni, in penali, in puramente civili, in puramente commerciali, ec. Ed è troppo fresca la data dello spartimento e dell' analisi che si è fatta dell' azion penale, discernendo in essa e separando la quota penale di principale interesse privato dalla quota di principale interesse pubblico, denominando azione penale la ultima ed azione civile la prima; la quale peraltro differisce essenzialmente dalle azioni civili propriamente dette, che non da causa o legge penale, bensì da causa o legge affatto civile traggono la loro esistenza.

La romana legislazione a chi ideologicamente e politicamente la studia questo progressivo andamento presenta. Ma in modo più evidente lo appalesano le leggi germaniche. Apparvero esse la prima volta talmente sotto forma penale da non distinguersi dalle civili, che nel prologo della Legge salica si legge: *Francis ideo visum est leges condere, ut juxta qualitatem causarum sumeret criminalis actio terminum.* E di qui il Tomasio prese giusta cagion di conchiudere, che la giurisdizione appo i Germani consisteva tutta in *coercitione criminum*, essendo la cognizione delle cause civili una parte quasi accessoria alla giurisdizione criminale (1). Ed in fatti toccano appena del civile le leggi Salica, Ripuaria, Alemanna, Sassona, de'Frisii, degli Angli, e de' Werini; dappoichè sono elle quasi del tutto rivolte a divisare ed a punire i crimini: dovechè i popoli di Germania che stabilironsi nelle province di Roma, si mostrano alquanto più diffusi nel ramo civile. Questa

(1) Nella sua dissertazione.—*De jurisdictionum et magistratuum differentia secundum mores Germanorum*, §. 52.

esservazione può farsi di leggieri o si è fatta da chiunque ha dimestichezza con quelle leggi che ritrovansi nel codice *Legum Antiquarum*, le quali solo per nociva e biasimevole ignoranza sono in dispregio presso taluni sedicenti giureconsulti; osservazione degna da estendersi alla legislazione nascente di ogni popolo (1).

Laonde così è vero che il *civiliter agere* dei Romani suonava un' azione penale da non iscambiarsi con l'azione civile propriamente detta, che sul bel primo non iscernevansi dalle penali nè le azioni nè le giurisdizioni nè le leggi civili!

Il Diritto romano, nel risorger che fece, fu il soggetto delle più gravi cure delle quattro successive scuole degli Interpetri. Or nel decimosesto secolo Giulio Claro citando le leggi romane relative al *civiliter* ed al *criminaliter agere*, all'*agere de re familiari*, *vel de re publica*, e riferendo le rispettive opinioni concernenti il loro senso, e quelle ch'erano per consuetudine seguite e ritenute, rapporta esser comune e generale il sentimento di differenziare la civile azione dalla penale in questo significato: che dirsi volea *civile*, quando la pena, oggetto del giudizio, fosse *pecuniaria* e si dovesse alla parte offesa attribuire (2).

In quel tempo quasi in tutta Europa le leggi, le giurisdizioni, e le azioni trovavansi tuttavia avviluppate insieme e confuse, ed appena procedevasi e con lentore al discioglimento ed alla loro separazione. Lo stesso

(1) Einneccio non manca di far questa osservazione in nota al §. II. del tit. 18. *Elementa juris Germanici*.

(2) *Sententiarum*, §. *fin. quaest.* 1.

Giulio Claro, che nel cennato secolo scriveva, con una certa aria di novità fa notare che in molte città d'Italia (maestra sempre e prima in tutte le belle ed utili cose) già vedeansi de' giudici, la cui giurisdizione era limitata o alle sole azioni civili propriamente dette, o alle sole penali (1). La nostra Gran Corte della Vicarìa conosceva in origine anch' essa delle une e delle altre; cominciò di poi a separare e a ripartir le cause nelle sue camere che da prima eran due, delle quali una occupavasi nelle civili, l'altra nelle materie penali. E lunga pezza innanzi aveva il gran Federigo nelle sicule Costituzioni già proclamata in questi suoi dominî la segregazione de'magistrati in *civili* e *in penali*: *Officialium nostrorum officia volumus esse discreta, civilibus quaestionibus alios, alios accusationibus criminalibus praeponentes* (2).

Giulio Claro medesimo, sollevandosi al di sopra del comune pensare, tolse con acutezza a distinguere nell'azione penale l'oggetto pubblico e l'interesse privato; quindi scevrò, quasi come noi di presente operiamo, l'azione o giudizio civile de' danni-interessi risultante da reato, dall' azione che intende a far dare la pena afflittiva di corpo. Nondimeno cotesta sua particolare dottrina non fu dall' universale ricevuta, siccome dal Menochio può rilevarsi e dagli altri dottori e forensi che vennero appresso; talchè nel secolo decimosettimo il nostro Saverio Caravita ripetendo quasichè a lettera le discrepanti opinioni già dal Claro mentovate, afferma esser quelle eziandio a' suoi tempi in vigore; quantunque ti-

(1) *Ibid.*

(2) *Const. Non sine grandi consilio, lib.* 1, *tit.* 31.

randosi dietro alle orme di costui, ne abbracci per intero la dottrina (1).

In siffatto grado d'incivilimento, erasi già in gran parte operata fra i due popoli, d'origine romana l'uno, di germanica l'altro, una mistione *politica* che gli aveva fusi in certo modo insieme e renduti pressochè conformi per idee, sentimenti, fogge, costumi e pubblica vita. Conseguentemente le respettive loro leggi ed usanze si vennero parimente commischiando, e talmente infine si assimilarono, ch'esse non sembravan quasi più di natura e generazione differenti; e quelli si eran ridotti in un popolo solo, spirante una vita istessa.

Così, diffuse le leggi germaniche che consentivano, mercè di pena pecuniaria o multa, la redenzione da ogni reato, crescendo maggiormente la industria ed il commercio, e rifermandosi ogni dì più le distinzioni e separazioni che dal decimosesto secolo in poi per forza d'istinto s'eran tolte a fare tra le azioni, le giurisdizioni e le leggi, in penali, civili, commerciali, politiche ec.; si vide le teorica del Claro germogliar meglio e venir più gustata e in maggior pregio ed onore. Allora nelle accademie e nel fòro elevossi la quistione, se ammettessero prezzo, a fine di risarcimento dell'offeso, le cicatrici, la mutilazione, la deformità, conseguenza del delitto, e principalmente se vantassero diritto agli alimenti la vedova dell'ucciso, o i figliuoli. Allora un gran dibattimento s'accese tra' dottori ch'erano attaccati al diritto romano che siffatto ristoro non riconosce-

(1) Menochii, *de arbitrariis judicum quaest. et causis - lib. 2. cas.* 265. — Xaverii Caravita, *instit. crim. lib. 1*, §. 1. *n.* 34.

va, ed i dottori seguaci del diritto germanico il quale, come vedemmo, in ciò discostavasi dal romano. E poichè le leggi non sono opera arbitraria, bensì necessario effetto dell' umana natura ; svolgendosi nuove idee , emergendo novelli desideri , nacquero pur nuovi bisogni e novelli interessi. Così accadde che i dottori per questo universal cangiamento di bisogni e segreto istinto di novelli interessi convenissero dell' esistenza di un diritto al compenso dei danni-interessi , i quali non voglionsi confonder con l'interesse meramente pubblico, ristretto alla pena afflittiva di corpo. E non avendo su di ciò legge che loro dèsse una regola generale, nè sapendo levarsi alla genesi ideologica di ogni legge, si attennero, per avere un punto di sostegno nel vacillamento e nella incertezza della loro mente, ad alcun isolato testo di legge romana dove di unico e particolar caso si ragiona, deducendone a viva forza e contra il senso letterale e virtuale di quella una regola. Gli altri, determinati dalla medesima segreta influenza, fondaronsi nelle opinioni e nei nomi de'dottori che avean più grido ; perocchè in ogni scienza ha un' epoca in che la verità è instintivamente sentita, ed i principi non esplicitamente professati; tenendone le veci e l'autorità quella opinione de' dotti che dall'universale è la più ricevuta. La qual cosa, meglio che in fisica ed in chimica, si è sperimentata e tuttavia si avvera in diritto (1).

(1) Ved. Anton Matthaei, *De criminibus* -- Ad *l. Corn. de sicariis, veneficiis etc. Cap. VII. de Moribus* , §. 12., dove ragionando dell'azione *in factum*, che è l'azione ai danni-interessi in pro degli eredi per ispese di medicine e di funerali , ed in pro dei figliuoli dell' estinto e del coniuge superstite anche per alimen-

TITOLO VI.

Dimostrazione della medesima unità e progresiva decomposizione secondo il Diritto romano-germanico-economico-politico del presente e del futuro stato di Europa

Si è già divisato come in Diritto romano erasi dato cominciamento ad una certa divisione e separamento di giurisdizione e di leggi. La giurisdizione, al par delle leggi, distribuivasi in *civile* ed in *penale*; e la penale in *semipubblica* ed in *pubblica*. Abbiamo pur veduto essersi la stessa partizione e successivo disgiungimento

---

ti, promuove le questione, *utrum moribus* (*cioè per Diritto germanico consuetudinario*) *dumtaxat*, *an et jure civili haec actio defendi possit*. E dopo aver recato in mezzo le ragioni dell' una e dell' altra parte conchiude, senza peraltro elevarsi all' intendimento del vero, che la regola, *ex quocumque crimine publico et* accusationem *oriri et* actionem *pecuniariam in id quod interest*, siasi dagli interpetri formata, nè discenda legittimamente dal diritto romano; ma provenga invece dal Diritto *consuetudinario* germanico, *ex moribus nostris*, *non legibus romanis arcessenda*; comechè conceda potersi l' opinione contraria, ch' era la più generale, bene e più agevolmente sostenere.

Questo fu il metodo, che nel massimo culto del Diritto romano, al suo rinascere, costantemente si tenne nella scuola di Bartolo, di prender cioè cagione da qualche testo di legge romana il quale reggesse un caso singolare, e sul fondamento di sì tenue analogia formarne una regola generale! I nuovi bisogni della vita civile incitavano alla dichiarazione di novelle norme: i principî per ciò fare non si erano ancora sviluppati; la mente perplessa, spro-

Digitized by Google

effettuati nel poter *giudiziale* secondo il progresso ideo-logico-politico de'popoli che di romani divennero come già d'indole e di costume germanico; effetto che si andò meglio appalesando, conforme procedevan essi più avanti nel cammino della civilità; talchè al cadere del passato secolo l'analisi e divisione della giurisdizione in varie parti e ramificazioni si rendè notabilmente osservabile nelle più colte regioni d'Europa.

Così parimente il decomponimento dell'oggetto dell'azion penale non che si fosse in diverse contrade intraveduto, cominciavasi in quello stesso periodo di tempo a recarlo chiaramente in atto. Già di sopra rilevammo il punto ove erano in allora giunti anco il romano ed il germanico diritto. Quando i due popoli così si strinsero in uno da non potersi più scernere la

---

nata a pronunziarsi, si chiamava assai contenta dove da qualche isolata disposizione del diritto del Lazio le venisse fatto di cogliere alcuna lontana e lieve analogia, e giovarsene di appoggio e di guida. In questo la scuola di Bartolo, che di molto sta sotto a quella di Cuiacio per le forme del dire e per la più fondata interpetrazione delle romane leggi, ha più utili e numerosi servigi renduti al fôro, alla pratica, all'avanzamento della stessa scienza di legislazione, che non qualunque altra delle famose scuole, le quali i sommi loro sforzi adoperarono nella nuda intelligenza del testo. Per siffatta ragione Bartolo ed i suoi seguaci vennero chiamati *potius juris conditores, quam interpretes* (Gravina, *Originum juris*). Cuiacio respingeva con disdegno, *tamquam toxicum*, tutto che sentiva di pratica forense, per non contaminar l'oro purissimo della romana sapienza (Gravina, *ibid.*): pregiudizio assai grave che induceva il funesto effetto di arrestare il progresso dello svolgersi della vita civile-politica de' popoli. Ed ecco perchè nel fôro fu più cara e più di frequente allegata l'autorità e la dottrina di Bartolo e de'suoi discepoli, che non quella del Cuiacio.

natìa lor differenza, e avanzaron per gradi assai oltre in fatto d'industria, d'intelligenza e per conseguente di civiltà, l'oggetto dell'azion penale si ravvisò racchiudere la parte di pubblico interesse insieme e quella di ragion privata. Si stimò quindi saggio consiglio separar l'una dall'altra, ed assegnar questa al danneggiato ed ai suoi eredi, quella a colui che tenesse le veci della nazione.

Però allo spuntare di questo secolo nella riforma e rettificazione delle leggi recata nella miglior parte di Europa ad esecuzione, si è chiaramente sentita, apprezzata, proclamata e sancita la distinzione tra la rata di puro interesse privato e quella di puro interesse pubblico nell'azione nascente da reato. E trovandosi ormai in gran parte separate le giurisdizioni e le leggi, si è pur sanzionato il principio, che si possa cotesto interesse puramente privato far valere avanti il giudice civile, qualora non piaccia di far causa comune col pubblico accusatore; ed essendo in siffatta congiuntura la quistion pregiudiziale non solo comune alle due azioni, o per dir meglio alle due parti dell'azione medesima, ma più grave ancora l'interesse pubblico, e pericoloso il far precedere la decisione del giudice civile, si è stabilito doversi attender prima l'esito del giudizio penale, e venire poscia all'esercizio del civile; tuttochè siffatto provvedimento siasi preso, meno per forza di tali motivi, che per istinto, o forse per quel dominante e radicato principio che abbiamo innanzi discorso, tolto dalla *L. 4. ff. de ordine judiciorum*, la quale tanto prevalse al rinascere delle leggi del Lazio (1).

(1) *Pag.* 23, *nella nota.*

Questo cenno genealogico dell' azione penale intesa a conseguire il ristoro de' *danni-interessi* cagionati dal reato, conferma semprepiù e dimostra apertamente, che ella è parte integrale della penale azione, la quale ha per oggetto l' interesse principalmente pubblico, la *pena* cioè indiritta al pubblico esempio ed alla sicurezza dell'universale. Laonde identica ad esse e comune è la quistion pregiudiziale intorno alla qualità criminosa dello imputato: epperò non si può questa ad un tempo avere per affermativamente risoluta in riguardo all'azione de' danni-interessi, e per non risoluta rispetto all'azione penale, che è di più rilievo e d' indole politica (1).

(1) A meglio apprezzare la importanza di questo periodo di progressiva civiltà della moderna Europa, non sia grave al lettore volgere unò sguardo alle seguenti considerazioni.

Sul declinare del IV secolo dell'Era cristiana varie genle di popoli dell' antica Germania come rovinosi torrenti innondarono le Gallie, le Spagne, l' Italia, e sncessivamente le signoreggiarono. Queste parti del vasto impero di Roma si governavano allora col codice di Teodosio e con le massime e sentenze registrate nei libri degli antichi ginreconsulti. E poichè le leggi non muovono dall' arbitrio, ma dall'essere dell' nomo che gradatamente si modifica secondo lo stato in che trovasi nna società civile, così avvenne che non per generoso volere o per gindiziosa concessione del vincitore, sì bene per forza delle condizioni dell'umana natura, continnarono i vinti a vivere con le proprie leggi, ch'erano la pura espressione della loro vita civile-politica, del loro stato intellettnale e morale. Dall' altro lato il vincitore tratto dalla stessa forza non sapevasi punto dilungare dalle sne consuetndini e dalle sue istitnzioni. In tal guisa abitarono lungo spazio di tempo la stessa terra popoli d' indole, di religione, di civiltà, tanto fra loro differenti. Pure a lungo andare il convivere nnitamente, lo imparentare delle respettive famiglie, i dettami di carità e d'amore della nuova religione a cni piegò la fronte il vincitore, le frequenti oro relazioni per traffico, per giustizia, per pubblica e privata

Anzi a maggior lume del vero ne rechiamo in dovere di qui rilevare, che la notomìa del potere giudiziale e

---

amministrazione, operarono siffattamente che quasi ad un modo ne attemperarono le fogge, le maniere, i costumi. Per l'efficacia di queste e di altre somiglianti cagioni i Romani a poco a poco si accomodarono alle usanze barbariche, e gli stranieri non aborrirono dal piegarsi alla vita civile degl'indigeni abitatori. Di qui venne che principiò in alcuni a nascer vaghezza di reggersi piuttosto con gli ordinamenti del popolo di diversa stirpe, che con quelli della propria nazione: e siffatto desiderio sorgendo poi nell'animo dei più, riuscì un bisogno quasichè generale, a cui fu mestieri tenesse dietro la promulgazione di una legge che facesse ad ognuno abilità di vivere secondo il diritto dell'uno o dell'altro popolo. La qual cosa produsse, che ne' contratti ed in ogni altro atto bisognò professare con qual legge intendevasi regolarli, se con la romana ovvero con la germanica, *more Romano, more Francorum seu Langobardorum.*

Ma la fortuna del vincitore, come suole accadere, si trasse appresso il vinto che, sendo di più miti e gentili costumi, come era più debole, fu pur manco sdegnoso di conformarsi al popolo dominante, baldanzoso della conquista a un tempo e del proprio valore. Non pertanto, il clima, l'agiatezza della vita, l'azione comechè lenta ma incessante de' lumi e della dolcezza del popolo soggiogato non meno che la forza delle altre cagioni sopra divisate menarono, sebbene a rilento, a civil soggezione il vincitore. In fatti alle Romane prevalsero da prima a poco a poco e insensibilmente le Germaniche leggi, quantunque non giugnessero mai a farle tanto venir meno che di quelle assai parte non rimanesse viva fra gli antichi abitatori, com'eran restate la favella e svariate costumanze. Ma poichè verso il XII secolo queste due razze per lunghezza di tempo e di consuetudini si furono tra loro incrociate e gradatamente incorporate insieme, si vide, non per comando di un imperatore come narra la favola, ma per virtù di cotesta lenta mistione civile e politica di nuovo chiamata in onore la romana legislazione; e nascere nella miglior parte di Europa per lo studio e apprendimento di quella un amore ardente, che non intiepidì, ma si accese ognor più nelle successive generazioni; atte-

dell'obbietto dell'azion penale non si è per ancora interamente compiuta rispetto al pubblico ed al privato

---

sochè ella presentava dichiarazioni, definizioni, e disposizioni più *chiare*, più *sviluppate*, e meglio *adatte* alle condizioni sociali di quella età, che si era a bastanza spogliata della nordica ruvidezza.

Nè alla grand' opera di questa civile morale e politica fusione lieve mano pur diede la Chiesa Cattolica Romana. Col raccorre i due diversi popoli sotto il vessillo della medesima religione e però sotto l'impero d'un solo Dio e d'una legge, col dar continuazione alla scuola di diritto romano associandolo e fondendolo col germanico, e soprattutto col propagare per ogni ordine di persone la divina inspirazione dell' amore e della carità del prossimo, ella riuscì a temperare tutta l' asprezza di quelle due legislazioni che comprendevan massime di tempi meno civili ed umani, e a dare vita ad una nuova scuola, che per lunga stagione a tutte le altre prevalse, a quella di *diritto canonico;* scuola d'equità e d'interpetrazione benigna.

Per le quali tutte cose, legate tenacemente le attenenze sociali di cosiffatti popoli, la mente si trasse a più elevata intelligenza, alla espansione di più nobili e dilicati sentimenti; in guisa che a' tempi di Carlo V l' Europa si parve non più distinguibile in due genti di diversa stirpe, ma ridotta quasi in un sol popolo che noi diremo *romano-germano-canonico*. La legislazione con la quale eran essi governati ebbe quindi a tenere de' tre diversi elementi onde aveva origine; e conforme in siffatta politica combinazione più un elemento che l' altro era preponderante, ora il romano, ora il germanico, or prevaleva il canonico diritto.

La industria frattanto favorita da vicende meno malvage e feroci procedeva sempre più oltre, e mentre da un canto, scoverta l' America, apriva vaste comunicazioni tra' popoli colla navigazione e col commercio; dall' altro, tolti allo squallore i monumenti dell'antica sapienza e per via del portentoso trovato della stampa diffondendoli, riuniva la esperienza del passato al presente, e spargeva i semi della scienza della sociale economia che fecondando in notabil modo nella già operata mistione delle due razze, ne stringeva maggiormente i vincoli di amicizia e di fra-

interesse, e che assai spazio rimane tuttavia a percorrere alla ideologìa politica. I codici di procedura, in

---

tellanza. E però colle antecedenti si aggiungeva insieme e si collegava la *scuola economica*.

Assimilati così e pressochè identificati cotesti due popoli, e collo imbevere le più necessarie dottrine avendo acquistato vigore d'intelletto, conoscenza ed uso di arti, di lettere e di scienze, varietà e gentilezza di costumi, cominciarono essi a notare delle differenze che di spesso incontravano incompatibili nelle loro respettive legislazioni, ed a sentire la necessità di meglio descrivere e con più precisione non solo quelle delle antiche leggi rimase tuttora conformi al loro stato intellettuale, ma le nuove eziandio, le quali non altramente che le prime erano la emanazione della loro vita civile e politica. Il perchè tornò loro indispensabile il dichiarare abrogate le leggi esprimenti uno stato sociale, che essendo ormai spento, s'avea pur dovuto da lunga pezza tirar dietro la loro caduta ed abolizione.

Il bisogno adunque che di questi nuovi ordinamenti meglio acconci alle novelle condizioni sociali si faceva sentire nell'universale mosse in prima varii scrittori di ragion pubblica e di economia sociale a levare alto la voce contro quella incoerenza. I principi più saggi dappoi, segnatamente in Italia, secondarono l'opinione comune, e si adoperarono a far prosperare i popoli, dando volentieri mano a discrete e vantaggiose riforme. (Vedi *Botta, Storia d'Italia lib. I; ma specialmente il Codice Leopoldino, e tutto quell' importantissimo periodo di legislazione del nostro regno, dal* 1734 *fino al* 1806, *che consiste di prammatiche, di editti, di dispacci in ogni ragione di pubblico diritto, emanati da Carlo III e da Ferdinando IV.*)

In Francia intanto i due popoli si erano più che altrove serbati tenaci alle proprie instituzioni. Ma in quel torno di tempo essendosi ancor essi per miracolo della industria, dell' unità del governo, della uniformità dell'ordine pubblico già fusi politicamente e ridotti in un sol corpo civile, conforme d'indole, di sentimenti, d'inclinazioni, provocarono, sebbene impetuosamente, la riforma delle leggi tanto in sè discordi e inconseguenti.

Tuttavolta coloro che deputati vennero alla formazione del nuovo

genere non si sono punto guardati dal miglior lato e più importante, qual si è quello del potere *giudiziale*.

Codice, essendo ciascuno per abito ed affezione a'proprî studî più attaccato all' uno che all' altro diritto, nè punto guardando alla successiva e politica composizione delle due diverse razze, mostrarono quella sollecitudine, quello zelo che inclina l' animo meglio alle cose di antica predilezione, che a quelle cui il bene della umanità grandemente richiede.

Nulla però di meno la maggior conformità dell' universale a'costumi già dominanti, il progresso già fatto in ogni maniera d'arti e di sapere, la forza de' novelli bisogni influì per modo nell'animo anche de'più appassionati a ciascuna delle menzionate scuole, ch'essi fecer prevalere nelle materie contrattuali ed ipotecarie le romane leggi e le nozioni economiche; nelle materie di successione, di patria potestà, di tutela, nel diritto penale e negli ordinamenti giudiziali relativamente alla distribuzione de' giudici ed allo spartimento del potere giudiziale la germanica legislazione; nel diritto amministrativo le teoriche di economia.

Per l' opposto la scuola canonica, tranne la forma de' giudizî, che per lunga consuetudine in gran parte derivò nel fòro dal II libro delle Decretali, tranne la dottrina intorno agli effetti del matrimonio putativo, ed alla pietà verso i figliuoli adulterini o di altra nefaria condizione, poca influenza v' ebbe o leggerissima, per l' antica avversione che in quei tempi di turbolenze contra il Clero si riaccese più fiera e decisa. Ma non è avvenuto presso di noi il medesimo nella riforma del 1819; stantechè in ordine alle solennità della celebrazione del matrimonio e de'suoi effetti, ed a molte altre cose, si è fatto al romano star sopra il canonico diritto.

Sicchè le nuove leggi compilate da' Francesi e nelle varie contrade d' Europa per essi diffuse, di quattro elementi consistono, di leggi romane, di germaniche, di canoniche, di leggi che appalesano lo sviluppamento economico operato per gradi e nell'ultimo periodo fra gli stessi più antichi popoli europei. Ai quali elementi se ne vuole ancora aggiungere un' altro che, sebbene fluisca dal medesimo fonte, è d' indole nondimeno alquanto diversa, l' *elemento politico*; il quale nacque e cominciò a rendersi osservabile

Essi sì sono a pena e superficialmente osservati sotto l'unico aspetto della *istruzione* delle pruove, senza neppur considerarli quali metodi logico-pratici, siccome fin dal

---

fin da che la efficacia possente della industria die'vita al così detto *medio stato*, e venne gradatamente logorando il sistema feudale, fondato sul principio di conservazione de' beni nella propria famiglia e su la disugnaglianza delle condizioni sociali ec.; elemento che in progresso è divenuto di maggiore importanza per la effettuita abolizione del feudalismo e delle sue conseguenze.

Questi diversi elementi di leggi non sono certamente opera arbitraria dell' uomo, sì bene effetto di quell' insensibile ma continuo e progressivo svolgimento fisiologico-politico, il quale non altrimenti che nella società in complesso, nel corso della vita di ogni uomo chiaramente si ravvisa.

L' uomo che tocchi la decrepitezza p. e., comecchè sembri tanto cangiato e disforme da quel che si era bambino, se ben lo riguardi, vi scorgi ancora i vestigî della prima età non che nelle forme e ne' lineamenti della persona, nelle inclinazioni dell' animo eziandio, buone o ree che si fossero, nelle idee, nelle abitudini che gli rimangono, donde l' adagio: *Adolescens juxta viam suam etiam cum senuerit, non recedet ab ea.* Nè questi due estremi della vita sono punto distaccati; essendochè pel filo non interrotto delle medie età essi non pur col vincolo del tempo, ma si tengono insieme a via di quell'incessante e successivo snodamento del fisico e del morale dell' uomo; talchè la vita si presenta quale una serie di anelli tra loro strettamente congiunti: il primo periodo di quella opera sul secondo e gli serve di preparazione e di lume, il secondo agisce sul terzo, ec.; in guisa che l'ultimo non è un periodo, nè uno stato isolato indipendente e come surto del nulla, ma una conseguenza, un effetto, un complesso di tutti i precedenti periodi, di tutte le generazioni che nella sua educazione hanno immediatamente o di lontano influito, da quello infuori che è peculiare e proprio a ciascuna età e con lei fugge e sparisce, altro non lasciando che la rimembranza, la quale fa parte integrale dell' ultimo stato della vita.

Non diversamente avviene in una società, la quale d' individui si compone a queste leggi fisiologiche sottoposti. La *infanzia*

1822 furon per noi tenuti nel nostro *Saggio della Filosofia del* Diritto.

Qual vena inesauribile di nuove e preziose verità non

---

rappresenta la età de' popoli selvaggi, tutti affondati e limitati nel *senso ;* l' *adolescenza* raffigura la età de' popoli barbari, caldi d'*immaginazione*, e quindi di passioni forti e generose ; la *virilità* è la età de' popoli in ogni maniera di arti di sapere e di commercio istruiti e provetti, de' popoli insomma da lungo tempo elevati ed avvezzi alla *riflessione* ed alle *astrattezze*. Questi non sono certamente periodi fra loro separati e distinti ; ma solo una vita, una serie continua, uno svilupparsi impercettibilmente progressivo della vita *ideologico-politica* di ogni corpo sociale, di ogni popolo della terra. Quindi è che il popolo dell' ultimo periodo, come l' uomo che varie età abbia trascorso, in sè racchiude gli elementi principali della vita che le precedenti generazioni hanno innanzi vivuta. Così egli ritrova nel suo stato fisico-morale-politico gli avanzi della vita de' secoli andati ; avanzi che sonosi intimamente combinati co' nuovi elementi dello stato presente, il quale in gran parte è conseguenza di quelli, o continuazione del medesimo filo. La qual continuazione ben può per crisi politica esser talvolta interrotta o arrestata, come per cagione di permanente invasione di popoli barbarici, qual si fu quella delle orde di stirpe germanica che allo spuntare del V secolo di nostra Salute occuparono l'Italia e le altre province di Roma ; oppure per crisi fisica, come per un *cataclismo* che diserti una nazione e la impoverisca di sostanze e di spirito. In così lagrimevoli avvenimenti incontra bene spesso di dover ripigliare lo svolgimento della vita politica di un popolo dal punto in che quella trovasi presso degli invasori, o di quella picciola mano di montanari che dalla comune calamità ebbe la fortuna di salvarsi.

Siffatta considerazione fa manifeste di molte e gravissime verità. Noi dunque non siamo caduti improvvisamente dal cielo, nè siamo affatto stranieri a' Romani, ed a' popoli di Germania, o di altra nazione che ne ha preceduti. I loro costumi, le loro idee, le arti, le instituzioni, le leggi ne sono state, se ci si consente il dirlo, trasmesse col latte. Essi sono gli avi nostri, e il loro sangue per corso non interrotto si è trasfuso nelle nostre vene. Ogni anno a-

deriva dal contemplarli sotto quel rispetto! Come nuovo e di maggiore utilità non si offre lo stesso argomen-

---

dunque dell'Era romana, ogni anno del *medio Evo*, racchiude una pagina della presente vita de' popoli europei, che delle genti di quelle età, quantunque tardi, son pure i legittimi nepoti.

Laonde a bene intendere le moderne instituzioni, gli usi, i costumi, le leggi, egli è d'uopo risalire alla storia ideologico-politica del popolo romano, del germanico, e degli altri di diversa stirpe che in Italia posero stanza e cogli antichi abitatori lunga stagione convivendo, conformarono finalmente a un modo le idee, i costumi, il viver civile e politico.

Ecco il vero nuovo e più util metodo d' interpetrare le leggi; ecco l' attenzione che vuolsi adoperare nel compilarle, acciocchè non s'incorra nel vizio della compilazione giustinianea, o in quello di arbitrario sistema!!

A' giureconsulti francesi meglio che agli altri sarebbe tornato agevole scoprire sì feconda miniera, stantechè presso di loro il germanico diritto accanto al romano viveva sotto il nome di diritto consuetudinario, e i due popoli di diversa razza non ignoravano la propria origine. Ma essi del pari che i giureconsulti delle altre contrade della moderna Europa a questa cosa che tanto importava non posero mente. Di qui poi è nato che si sono abbandonati ad ingiuste doglianze per ciò che concerne i cangiamenti operati nell'antica legislazione, e la prelazione ora al romano, ora data al germanico diritto; e che le meno convenienti illustrazioni han fatto al testo, travolgendone non di rado il senso ingenuo e natìo. Nè dissimili a' dottori in diritto romano che in esso non videro l' accennato corso ideologico-politico del popolo di Quirino (avvegnachè ad ogni passo s' incontri il *jus vetus*, il *novum*, il *novissimum* avviluppati insieme e confusi), eglino han ripieno i molti loro volumi di antiche quisquilie, più degne di un grammatico, che di un sublime *biografo* civile-politico di una nazione.

Un lavoro di tanto momento supera di gran lunga, nè temiamo di confessarlo, le forze degli omeri nostri: non pertanto l' amor del vero e il desiderio dell'utile pubblico ne han dato animo a stenderne un abbozzo il quale, a tutto esprimerne il disegno, intitolar si potrebbe — *L' Europa romano-germano-canonico-econo-*

Digitized by Google

to, finoggi il solo trattato, quello della istruzione delle pruove sotto il medesimo riflesso del potere

---

mico-politica. La quale sarà preceduta dalla scienza *ideologico-politica* che ne occuperà la *prima Parte*; in cui si esporrà innanzi tratto la ideogenesi-politica della *legge*, del potere *legislativo*, *giudiziario*, *amministrativo* e di *esecuzione* sotto aspetto assolutamente nuovo ed in senso al tutto diverso dal volgare e comune. Poscia si ragionerà del *metodo* di *compilare* e d'*interpetrare* le leggi. Si discorrerà nella *seconda Parte* la ideogenesi-politica ed il progressivo svolgersi della legge romana ne' varî suoi periodi fino all'epoca che cominciò ad aver vigore il diritto germanico: si terrà dietro al corso di questo, e scorrendone le diverse vicende, si giugnerà al punto in cui i due popoli di differente stirpe principiarono ad avvicinarsi ideologicamente tra loro, e quindi ad accomunare e compenetrarsi le due leggi: indi si passerà al modo onde sorse il diritto canonico, ed all'influir che fece nelle massime e ne' costumi dell'uno e dell'altro popolo, e per conseguente alla modificazione che soffriron le divisate leggi progredendo fino al nascere della scienza economica: così si scenderà al tempo della già segnita mistione fino all'ultima combinazione *fisiologico-politica* che va sotto il nome di riforma del decimonono secolo, alla qual combinazione si conviene propriamente il compostissimo titolo di questa *seconda Parte*. Vi sarà da ultimo aggiunta la parte di applicazione, la parte *pratica;* perocchè niun altro metodo reputiamo più conforme alle leggi immutabili del procedimento mentale, se non il metodo *ideologico-politico-pratico*, il cui valore e fondamento abbiamo a lungo dimostrato nello *Scienza* del Diritto (Vedi le *Idee Preliminari*).

In quest' opera si scorgerà chiaramente come l'andamento ideologico-storico di ogni legislazione segue il corso da noi indicato di *azione*, *giurisdizione*, *legge*; corso coerente alla natura del nostro intelletto, il quale muove dalle sensazioni, dalle idee concrete e singolari, e di passo in passo procede e s'innalza fino alle più astratte.

Da queste brevissime riflessioni molta luce riverbera sul metodo che ordinariamente si tiene nello scrivere la storia di una nazione; il quale ben rassomiglia al metodo di quei pittori che nel

Digitized by Google

giudiziale! E l'obbietto dell' azione penale ne' due additati aspetti considerato di quanto altro non resta ancora a dispiegarsi! Hai rilevato già come le leggi in origine venner su col fiero piglio e colla truce sembianza di penali; come a poco a poco si mitigarono, e dal loro grembo, quasi direi, ne usciron le leggi civili! come in prima la vindice mano dell'offeso si fece giustizia da sè, come poscia s'interpose quella del più forte, e se ne attribuì finalmente in gran parte, o in tutto, il potere! come niuna regola non reggeva nè teneva in freno l'uomo privato, nè quel forte, quel *quirite*, quel *dinasta*, quel *barone*, dalla propria mente e dagl'impulsi del proprio cuore infuori! come stabili norme si vennero di mano in mano fermando, innanzi alle quali piegaron la fronte non l'offeso solamente e il misfattore, ma il magistrato anche e il potente! norme che poi si dimandarono *organiche* e di *procedura* ne' giudizî. Ecco come l'azione penale ha proceduto, e come successivamente si è modificata e sviluppata! Or non diversamente questa stessa azione deporrà tra breve ogni altro avanzo della antica origine, della sua *sensuale* e *rozza natura;* la quale

---

ritrarre una persona si distribuiscono il lavoro, quale togliendo a dipingere il naso, quale la fronte, quale il mento, ciascuno indipendentemente dall' altro. Gli storici non badano quanto si converrebbe a questa *continuità*, a questo *graduale* avanzamento, a questa prolungazione di una medesima fisiologico-politica vita; nè a descriverne gli eventi, nè a chiarirne la vera cagione si elevano essi mai alla contemplazione di quel segreto principio motore, di quella causa incessantemente operante, al volgo ignota, alla quale gli avvenimenti tutti civili, morali, politici debbono la loro esistenza. Quindi appare come non pur giovi, ma torni ancora necessario in ogni ramo dell'umano sapere il metodo filosofico-storico.

si affaceva all' indole ed allo stato intellettuale de' popoli barbari in quel grado di civiltà che segna un periodo ben diverso da quello che or volge in gran parte di Europa, e dall'altro che per il continuo avanzare dell'incivilimento non sembra assai lungi a spuntare. Le misure di precauzione crescono tuttodì, i mezzi di sussistenza vengono dall'immenso dispiegarsi della industria perennemente aumentati; e le une e gli altri saliranno anche a maggior perfezione: i costumi sono ormai di molto ingentiliti, ed i più nobili principii saranno per ogni ordine di persone maggiormente diffusi. Di qui è nato che il rigore e l'atrocità delle pene sieno finalmente in gran pezza scomparsi da' codici della meglio incivilita parte d'Europa; e verrà giorno che dovrà disparire qualunque altro vestigio che risenta di quella rea stagione, in cui ignoranza e ruvidezza essendo le tempre di un popolo, crudeltà e ferocia i costumi, senso e fantasia la ragione, coerenti pur volevano essere i modi di prevenzione e di repressione che dalla ragione e dalla scienza ideologico-politica vengono istintivamente suggeriti (1).

---

(1) Questa nuova considerazione è pure distesamente esposta nell'opera di che facemmo parola in nota, e fin dal 1822 l' accennammo nel cap. 1, lib. 3 del *Saggio della Filosofia del Diritto*.

Reca somma meraviglia come non siasi in fino ad ora risguardato al progresso che questa parte di Diritto ha dovuto fare, seguendo il corso del procedimento ideologico di una nazione! come scrivendo ora di ragion penale si possa tuttavia parlare di pene conforme la dottrina che si riporta al periodo politico di *senso* e d'*immaginazione*! come in alcune contrade ove si fa ragione che la civiltà sia per toccare il suo colmo, si metta di nuovo in problema se possa e debbasi far uso della pena di morte! quandochè

Nè altrimenti avverrà in riguardo all' oggetto dell'azione penale *ex delicto*. L'industria che dalle Crociate prese in Europa le prime mosse, ha renduto ora agevoli, continue e sicure tra' popoli le permutazioni delle ricchezze e d'ogni ragione d'arti e di sapere. La scienza della economia sociale ha quindi mirabilmente proceduto innanzi. I danni-interessi per conseguenza sono più estesamente valutati; e però l'oggetto dell'azione civile si decomporrà anch' esso in interessi puramente *materiali* o pecuniari, ed in interessi *morali*. Non si aveva da' Romani in niun conto il dolore, lo sconforto d'animo, tanto dell'oltraggiato, quanto della famiglia di lui. Davano essi in parte, nè sempre, valore a' soli interessi materiali, niente curando i morali che sono i più rilevanti. Le percosse, le ferite, la morte, lo storpio, la mutilazione di un servo, di un figlio, davano solamente diritto alla compensazione de' danni cagionati dalle spese di curagione, dalla mancanza di lavori, dalla perdita dell'uno o dell'altro che rispetto al padrone e al padre erano *res mancipi*. Nelle ingiurie soltanto si consentiva alcun ristoro, il quale una rimota affinità

---

si avrebbe in forma generale ad elevare la questione « se di pre-
» sente siasi in grado da sostituire alle pene corporali, che sono
» precauzioni o rimedî di prudenza *preventrice*, opportune ad un
» popolo tutto senso ed immaginativa, provvedimenti meglio confa-
» cevoli ad uno stato di più svegliata e chiara intelligenza ed alla
» presente civiltà; provvedimenti i quali meno in sul corpo agissero
» che sulla mente e sul cuore; che attaccassero la radice del de-
» litto togliendone l'occasione e il bisogno; o di fare almeno per
» ora questa sostituzione alla piupparte delle pene *sensuali*.

Innanzi di dare in luce la sopra indicata nostra opera, abbiamo in animo di pubblicare intorno a ciò una breve dissertazione.

mostrava col dispiacere da quelle prodotto. L'uomo libero, proclamavano le leggi di Roma, non ammette estimazione o prezzo. Alto concetto di animo sublime e di nobile orgoglio! Ma in quel tempo non si era ancor valutato l'immenso cordoglio cui induce l'offesa, o la perdita, all'individuo oltraggiato o alla costui famiglia Nè la economia politica aveva pur fatto, non dico que'progressi ai quali si è levata molti secoli dappoi, ma non si aveva in allora nemmeno il sospetto della sua possibile esistenza. Non è molto tempo passato che si è scoverta la identità della radice (1) donde ella e la economia *morale* nascono e insieme procedono fino a frastagliar tra loro i rami d'interesse *pecuniario* che germogliano dalla prima, e quelli d'interesse morale che spuntano dall'altra; in guisa che i continui cambi che in società si praticano e nella serie de' quali può affermarsi che la società consista, non hanno per unico scopo interessi della medesima fatta. come sarebbero pecuniari con pecuniari, (volendo con tal vocabolo significare ogni cosa corporea che dalla moneta si rappresenta) morali con morali; ma s'incrociano eziandio fra loro, essendovi interessi che cadono ad un'ora sopra pecuniari e sopra soggetti morali. In somma si è giunto a trovar modo da valutare approssimativamente i morali, e adeguarli cogl'interessi pecuniari. Ed in questo la geometria va di pari colla economia civile e morale. Ella non ha fino al dì d' oggi saputo ancora con esattezza ma solo per approssimazione misurar la curva, e paragonarla ad una retta di eguale estensione. L'imperatore Claudio fu il primo che, a voler *disacerbare* la madre del cordoglio d'aver perduti i figliuoli, le deferì la costoro

(1) Tracy — *T. della volontà*.

intestata eredità, *ad solatium liberorum amissorum.* E sotto l'impero di Adriano fu sancito il senatoconsulto Tertilliano, che chiamò in modo più ampio la madre alla successione del figlio; successione che Giustiniano chiama *tristem successionem* (1). E per tal guisa si diede un luminoso esempio del cambio o compenso approssimativo di un grave *dolore* di animo con l'acquisto di una *eredità.*

I popoli di schiatta germanica, in vero, redimevano ogni reato mercè di pena pecuniaria; ma eglino de' materiali interessi si mostravano soltanto intelligenti e gelosi. Nè la rozzezza della mente, nè l'aspra tempera del loro cuore eran capaci a sentire ed apprezzare i morali interessi, le ambasce, le smanie di un'anima addolorata, le amarezze di uno spirito oltraggiato o sbigottito. Nulla però di meno, o perchè questa ragion di pene pecuniarie tanto fra loro spesseggiante, e l'uso generale di riscattare con quelle ogni delitto abbiano in essi desta la idea di tal quale indennizzazione pecuniaria in merito del dispiacere e del dolore; o perchè la scarsezza de' modi da sussistere e però la necessità di trar partito di tutto, non meno che l'esercizio frequente e comune di ogni maniera d'industria a cui poscia si diedero per fine di lucro, gli abbia finalmente indotti a concepire quella idea, certo è che Carlo V, nell'articolo 20 della costituzione carolina, fu il primo a dare un esempio cosiffatto. (2)

---

(1) Inst. *De Senatuscons. Tertyllian.* §. *I.*

(2) Tre secoli innanzi colla costituzione — *Varietates poenarum* — il secondo Federigo, seguendo l'indole de' Svevi e la norma del diritto romano aveva, sebbene per il solo reato *injuriarum*, dato fra noi, non già la regola della satisfazione de' danni-interessi nel senso delle nuove leggi, perocchè le pene erano allora in gran

Bentham, egregio scrittore inglese, per la influenza forse di tali ragioni e di cotesta costituzione, o per essere egli stato il primiero a calcolare gli effetti de'reati nel rispetto del dolore e del piacere, sotto il riguardo non che di male fisico e morale, ma d'inquietudine e di sconforto, (allarme) fu anch'egli tratto primamente a sentire il bisogno di determinare un prezzo approssimativo a cotesti interessi morali, di stabilire per conseguenza la *satisfazione pecuniaria*, come pena compensativa; quantunque avesse considerato non potersi ella fermare in regola generale per gente di ogni condizione, sdegnando un animo nobile, ne' reati concernenti l'onore, di ricevere tal sorta di compensazione. Ma essendo *facoltativa* l'azione a siffatto risarcimento, non v'ha luogo a far distinzione di grado.

In Italia dove la scienza della economia politica, altrimente che in Inghilterra ed in Francia, si è sempre riguardata qual parte integrale della morale, meno come puramente scienza della produzione delle ricchezze che come scienza di *amministrazione* nel doppio senso pecuniario e morale, in Italia il Gioja, valentissimo economista, ha scritto il primo una pregevole dissertazione intorno al modo d'apprezzare le ingiurie e compensarle a via di danaro (1).

---

parte *pecuniarie* e dalla civile non si distingueva l'azion penale, ma sì la idea di *compensare* col danaro il dolore patito: *indignum fore credimus, passum injuriam in* RECOMPENSATIONEM DOLORIS *nullam sibi partem compositionis accipere.*

(1) *Dell' ingiuria, de' danni, del soddisfacimento e relative basi di stima avanti i Tribunali civili*—DISSERTAZIONE.—Nel valutare i danni-interessi *ex delicto* vuolsi seguir la norma dell'art. 1104,

Ma oltre che il subbietto ch'ei tolse a discorrere non ebbe dalla dotta sua penna intero sviluppamento, e molte osservazioni in contrario gli si potrebbero opporre, egli ha tenuto dietro al sistema volgare degl' interpreti e dei giureconsulti Alemanni, i quali conforme il *gius consuetudinario* o sia germanico e la legge romana *de injuriis*, il diritto a' danni-interessi non estendevano ad ogni reato, qualunque supplizio avesse sofferto il colpevole, ma a taluni reati semplicemente, come alle ingiurie, alle percosse anche ed alle ferite se si fossero fatte in dispregio, allo storpio, all'omicidio: ed in questo ultimo caso negavan codesto diritto, se l' accusato venisse dannato nel capo (1).

Per la qual cosa, sebbene l'azion penale si sia divisa in due parti, in penale e in civile; e la civile anch'ella siasi quanto all'oggetto distribuita in interessi strettamente *pecuniari* e in interessi *morali;* nulladimeno lo svolgimento di essa in questo senso non si è per ancora mandato pienamente ad effetto, e rimane inoltre a snodarsi del tutto circa la estensione ad ogni *genere di reati.*

E qui cade in acconcio un'assai bella ed utile riflessione. Ne' primi tempi della civil società tutto in complesso è ravvolto e raggruppato (nella sola azione *penale*) l'interesse pubblico e il privato, il pecuniario e il morale; o a ragionar con più esattezza la mente non apprende ancora coteste distinzioni e differenze, ma sol rav-

1105 delle LL.CC.—sarebbe un confondere la colpa e il dolo *civile* colla colpa e col dolo *penale.* Il delitto produce una *responsabilità* più estesa. Vedi *la nota, pag.* 30, *di questa nostra dissertazione.*

(1) Anton Matthaei *ubi supra.*

visa il privato interesse di un uomo. Indi scorge e ne ritrae una picciola parte sotto forma d'interesse *semipubblico*; più appresso ne separa una porzione assai maggiore, quella di *pubblico* interesse, cioè la pena afflittiva di corpo, lasciando a fatiga la sola pecuniaria all'offeso; talchè l'azione pubblica diviene la parte più importante e *poziore* fino a statuirsi che i danni-interessi materiali si spettano alla persona oltraggiata, la quale ha pure da sospendere l'esercizio di sì tenue azione infino a che non sia terminato il corso dell'azion pubblica, se pur non voglia a questa congiunger la sua. All'incontro in un'epoca di maggiore incivilimento si vede di bel nuovo crescere gradatamente l'azion *civile* in quanto all'oggetto, per la *ripartizione* ed analisi degl'interessi in *pecuniari* e *morali*, e per la estensione ad ogni sorta di reato: laddove l'azion penale si vien progressivamente attenuando non pur dal lato della gravezza e ferocia delle pene e del modo di farle espiare, ma da quello altresì del metodo di *precauzione*, cioè di quanto risguarda all'oggetto delle pene ed alle misure di *prudenza* a fine di ovviare alla consumazione de' reati.

E poichè si è ora in grado d'intendere ch'è voto di ogni uomo di esser *guarentito* dalle offese tanto nella persona che negli averi; e ben si può nello stato attuale d'industria, di civiltà e di pubblica amministrazione trovar modi più miti, più nobili, più efficaci da antivenire a' reati e rimuover perfino l'occasione di farli accadere, egli è forza che l'azion *penale* si vada a poco a poco assottigliando sino a che per difetto di oggetto resterà finalmente estinta. Nè certo a diverso destino inchinano le leggi penali, da cui prende origine l'azion penale. Vedemmo di sopra come al nascere d'ogni società civile elle regnin sole e tengano le veci di tutte le altre leggi; come poi vengano lentamente

scemando di forza, di autorità, di estensione, all'apparire delle civili, delle canoniche, delle cammerciali, delle leggi di procedura, e delle politiche. La civiltà non si rimane stazionaria; e le nazioni ad onta del garrire della querula vecchiezza della generazione che passa, quantunque impercettibilmente, pure avanzan sempre più oltre e volgono al loro perfezionamento.



TITOLO VII.

Genesi ideologico-storica degli atti relativi alla giustizia graziosa: dell'abolizione, della amnistìa, dello indulto e della grazia: corso e futuro stato di essi.

L'azione penale si può *estinguere* o a via di prescrizione, o col dichiararsi cancellati dal novero de' reati quei fatti così giudicati in fino allora. Se ne può anche per alcun tempo *sospendere* l'esercizio, come avvien talvolta per pubblica calamità (pel *colera morbus*, per la peste ec.) o per pubblica letizia; può ella sospendersi per tempo indeterminato come accade quando il querelante, giusta le nuove leggi, rinunzii alla *istanza*, o v'abbia *amnistìa* o *indulto* che ne sopisca l'azione, o sia ne sospenda l'esercizio finchè in novello reato non incorra chi ha goduto della rinunzia, della indulgenza o amnistìa.

Sperimentata che siasi l'azion penale, può la condanna alla pena esser rimessa o condonata, ed anche commutata in meno: e questo atto sovrano, secondo le nuove leggi si dimanda decreto di *grazia*. Varii sono gli effetti che a questi diversi atti si sono in varî tempi attribuiti: ma di essi prenderemo più di sotto a ragionarne.

Or questi tre atti sovrani, di annullare i reati, di sospendere alcun tempo o indefinitamente l'esercizio dell'azione penale, di rimettere o commutare la pena, presso le varie nazioni e nelle differenti età della stessa nazione han sortito nomi diversi; o pure serbando il medesimo nome

hanno avuto un altro significato. Volendo quindi cansare gli equivoci, che quanto son perniciosi per le gravi conseguenze a cui menano, altrettanto riescon facili ad accadere e per le svariate legislazioni che ne hanno finora governati e per le tante vicende alle quali soggiacquero i nomi di siffatte cose, egli è forza percorrerne rapidamente la storia ideologica de' successivi cangiamenti, come importa spiegare il corso genealogico della giustizia *graziosa* che dalla *contenziosa* di lunga mano si discosta.

Le voci adunque di *amnistia*, *abolizione*, *indulto* o *indulgenza*, e *grazia*,han sofferto quelle vicende a cui van soggetti tutti i segni delle nostre idee, di cangiar cioè significato, conforme che le idee si mutano. Perocchè quando l'umano intelletto è tutto immerso nel senso e poco abituato alle astrattezze, le parole pur esse dinotano semplici *sensazioni* e *giudizi concreti;* ma disegnan poscia idee più o manco astratte secondo che la mente meglio si avanza nell' erto calle delle speculazioni e della civiltà. In quanto concerne le politiche instituzioni , già dinanzi notammo essere identico il procedimento mentale; stantechè quelle sono primamente limitate , sensuali ed insieme avviluppate, e poi vengonsi di mano in mano svolgendo fino a che in diverse e distinte parti si separino. Epperò i loro nomi procedono nella stessa guisa , ed acquistano successivamente altra significazione.

Nel cominciare di ogni civile reggimento , avendo ciascuno il potere di farsi giustizia da sè , non di rado occorre che , mitigata l' ira , siccome avanti osservammo , o per le umili preghiere dell'offensore o de'congiunti , o per generosità, o per mediazione di alto personaggio , o infine per la ispirata dolcezza di una religione che si adagia nell'amore del prossimo e nell'ob-

blio delle sofferte ingiurie, l'offeso ed in mancanza di lui i parenti *rimettono*, *condonano* la pena, la privata vendetta, o mercè di pena pecuniaria ne consentono il riscatto.

Quando poi di mezzo alle private ingiurie e contese entra la potestà *patrimoniale*, *herilis*, l'autorità del *dinasta*, vien meno il diritto di vendicarsi da sè solo, e nasce il dovere dell'*accusa*, che far si deve innanzi a questo *padrone* o *dinasta*. L'accusa è del tutto privata, ed il processo si compila dalla persona offesa.

Ma cresciuta che sia in seguito la industria, sviluppata la comune intelligenza, migliorate le arti e le scienze, rafforzato maggiormente il governo e sorta tal quale idea di pubblico interesse, si comincia allora ad apprendere il bisogno di una *inquisizione officiale* de'reati pe'quali non v'abbia accusatore, o perchè questi manchi realmente, o perchè non se ne dia pensiero per altrui malizia, per minacce, per distrazioni o per qualsivoglia altra cagione. In così fatto stato di cose il governo divide coll' uom privato il *diritto* ed il *peso* dell'accusa; in modo che tutti a sè gli attribuisce, qualora il privato, nel principio o nel corso della processura, gliene faccia espressa cessione, o non se ne curi nè punto nè poco (1).

In questa epoca di civiltà il giudice che vien deputato alla *officiale inquisizione*, è pure il giudice del *merito*; in guisa che ei stringe in sua mano il potere d'*inquirere*, di *accusare*, di *giudicare*, e quello insieme

---

(1) Chi voglia farsi certo di questo corso *ideologico* del processo penale colla storia positiva, legga il Claro, *Sentent. lib. V. §. fin. quaest. III et segg.*

di dare *esecuzione* alla sentenza. Il processo *informativo* non si discerne allora dall' *accusatorio*; e rispetto al *giudice* l' *informativo* fa pruova ad un tempo e fede.

Il padrone, il dinasta, il quirite, l' ottimate, il principe in questo medesimo periodo del viver civile riunisce in sè tutti i poteri che sono allora in complesso affasciati e indecomposti, il potere *legislativo*, il *giudiziario*, l' *esecutivo*, l' *amministrativo*; ed il giudice di sopra mentovato non gode nè un potere tutto suo e indipendente, nè distinto dagli altri poteri; giacchè esso è un puro *mandatario* del principe, il quale ben può quante volte gli torni in grado richiamare a sè la giurisdizione a quello delegata e la cognizione della causa, pronunciando egli stesso e direttamente la sentenza.

Non essendo ancora pienamente sentite ed analizzate le relazioni sociali del governo co' cittadini nè ben disaminate e chiarite le idee di *pubblico interesse*, ne risulta che le violazioni della legge, i reati, non si reputano per offese ed ingiurie recate al contratto o volontà sociale e quindi all' intera nazione, ma all' uom privato soltanto ed alla volontà del principe; volontà, che quando l'intelletto è puramente *sensuale* nè guarda che al particolare concreto interesse, si tiene come circoscritta nella persona solamente e nel peculiare interesse del principe; nè s' immedesima coll'interesse comune dello stato, col voler generale della intera nazione (1).

---

(1) Così per lo appunto del governo di Trajano osserva Plinio nel tessergli il panegirico, essendo al pubblico bene rivolto e con questo

Dalle cose fin qui discorse consegue che l' *amnistia*, l' *abolizione* e l' *indulto* sieno in siffatta condizione di civiltà un dono ed una *grazia* dell'offeso e del principe, il quale non si delibera per fine di pubblico bene, ma solo per sentimento di *generosità*, rimettendo da suo canto, purchè *consenta* l' offeso, *un debito* ch' ei crede a sè ed a lui dovuto, senza che pur sospetti vi sia nell' esercizio di tal facoltà mescolato tanto o quanto di pubblico interesse.

E poichè il processo inquisitorio od informativo non si distingue allora dall' *accusatorio*, e perciò fa prova e fede, non sapendosi altrimente ricercare e scoprire il vero, ed il potere giudiziario in tal età d' incivilimento si esercita a *coscienza* ed a prudente arbitrio del magistrato, senza niun freno di legge : e poichè questi spiega tal potere in nome dell' offeso e qual delegato del principe che insiem coll' offeso tiene tuttavia indiviso il diritto della *vendetta* e la *potestà* di condonarla, potestà tutta *amministrativa*, che si restringe soltanto nella sfera de'peculiari loro interessi; ragion vuole che l' *indulto* o *amnistìa* presupponga in tal caso la conoscenza ed il convincimento della *esi-*

---

confuso l'interesse di quell'imperatore: *felices nos, felicem illum.*

Tutti i giuspubblicisti e politici degli ultimi due passati secoli, facendo principio dal Grozio e non eccettuando nè il Beccaria nè il più degli scrittori del secolo presente, hanno del diritto pubblico e del penale quello solo toccato che risguarda al primo periodo *ideologico-politico* delle nazioni, quando tutto è *senso* ed immaginazione, quando tutto è mira e calcolo personale, concreto, e limitato tanto ne' governanti che ne' governati.

Su questo fondamento hanno stabilita la *definizione* della legge, del potere legislativo e punitivo, delle pene, dell' amnistìa, dell'abolizione, dell' indulto, della grazia e della prescrizione. In

stenza e della *imputabilità* del reato a danno dello inquisito, come si presume allorchè dal principe si compartisce la *grazia* in seguito di solenne giudizio e condanna. Di qui nasce che si dica *dono* o *perdono*, o pure *grazia;* altrimente queste voci non avrebbero niun significato. Che mai si donerebbe? qual cosa mai si concederebbe gratuitamente?

Ond'è che quando la potestà di *punire* congiunta a quella *d' inquirere* sta solo in mano dell' uom privato, questi *inquisitore* a un tempo e *giudice* del *merito*, non ignaro della reità del suo offensore, gli fa pagare il fio, ovvero gli *dona*, gli rimette il debito della pena.

Ma entrandovi di mezzo il padrone, il quirite, il principe, e correndo all'offeso l'obbligo di produrre innanzi a quello l'accusa del sofferto oltraggio, il principe se scarso è il numero de' suoi *famuli*, de' suoi *clienti* o *vassalli*, ministra giustizia da sè, costringendo la parte vilipesa a comporsi suo malgrado con l'offensore (1), *initio civitatis nostrae omnia a* REGIBUS *gubernabantur* (2): ma cresciuto che ne sia il numero, la giustizia viene amministrata mediante i *delegati* o *agenti* di lui, i quali varî nomi prendono presso le diverse

---

somma hanno essi scritto la prima pagina della scienza, credendo stenderne la *conclusione*.

Se questo si riducesse alla sola scienza non sarebbe certo un gran fatto, ma se si estende, com'è facile, alla pratica, allora riesce un male assai grave e funesto.

(1) *Si faidosus* (soggetto alla *faida*, sfidato a battaglia) *quis sit, discutiatur tunc, quis e duobus contrarius sit, ut pacati fiant, et* distringantur *ad pacem etiam si noluerint: et si aliter se pacificare nolunt, adducantur in nostram praesentiam.* Capitula Caroli Magni, lib. III, l. 4.

(2) L. 2. §. 1. ff. de Origine juris.

genti , restano sotto l' immediata sua dipendenza , ed hanno insieme coll' oltraggiato o coi congiunti di questo la somma del potere : *inquisitori, cognitori*, ed esercenti il *mero impero*. Però il *donno* , il *dinasta*, il *principe* allorchè concede *indulto* o *grazia* , lo fa colla *coscienza* che gl' inquisiti sieno realmente colpevoli, giusta il processo informativo che, siccome avanti sta detto , in siffatto periodo di civiltà anche rispetto all' imputato fa *fede*, comechè non si sieno intese le sue discolpe: pure quegli non mai da sè solo accorda il perdono o lo indulto , non essendo intieramente in sua balìa il diritto *punitivo;* ma lo concede a condizione che vi assenta la persona *oltraggiata* , la quale, giova ripeterlo, con lui partecipa del dritto di *accusare* , d'*investigare*, di *vendicarsi*.

Ma scorsi che furono più secoli , per le cangiate condizioni dell' umano intendimento cominciossi a separare dal processo *informativo l' accusatorio* , ed a notarsi ancora alcun divario non pur tra questo e quello , ma fra il grado di potestà che al semplice *inquisitore* impartissi e l' altro che affidar si volle al giudice del *merito* , il quale distinto venne e disgiunto dal primo. Il perchè le notizie raccolte nello informativo non si giudicarono più meritevoli di ogni fede rispetto all'imputato , se quel processo non fosse stato innanzi *legittimato* , ossia se citato il prevenuto , non si fossero di nuovo uditi , o come dicevasi *ripetiti* in sua presenza i testimonî : ma si ebbero soltanto come notizie da valer di norma all' inquisitore , *pro informatione curiae*, per vedere se vi avesse indizî *ad torquendum* , a potere interrogare il *prevenuto* , a poterlo imprigionare ; e di presente , a' nostri giorni , per vedere se si pos-

sa sottoporre a giudizio di *accusa*, rilasciarsi in libertà *provvisoria*, sotto *mandato*, *per la residenza*, o sotto *consegna*.

Dall' altro lato l' interesse pubblico si rese anch'esso a poco a poco notabile, e spandendo un lume più vivo e splendido dileguò pian piano quello dell' interesse privato. Ond' è che dall' azion *penale* essendosi disgiunta la civile, la quale s'è ristretta a' soli danni-interessi, il diritto di *accusare*, d'*inquisire* e di *punire* è passato intieramente nelle mani del principe; ed alla persona ingiuriata è rimaso appena il diritto di querela e quello di unire al giudizio penale l' esercizio dell' azione in compenso de' danni prodotti dal reato. Da questa epoca in poi quegli atti che innanzi facevansi per ragioni e mire tutte personali e proprie, si fecero poscia per cagioni ed idee di pubblico vantaggio e dal solo principe, senza che fosse bisogno di *rimessione* o consenso della parte offesa.

Di qui è derivato che in fino a tanto non siasi disaminato in *pubblica udienza* e ben discusso l'informativo, o processo *scritto* come ora si dimanda, in contraddizione dell' accusato, non sia dato aggiustar fede al contenuto in quello; e però l' *abolizione*, l' *indulto* o l' *amnistia* più non suonano un *dono*, una *remissione* di pena, dappoichè questi atti non si compartiscono più dal sovrano con la coscienza ed il convincimento della effettiva *colpabilità* degl' imputati, ma nella oscurità anzi e nella incertezza di quella. Ancora, si concedon meno per generosità o per altro *personale* benchè nobile sentimento del principe, che per fine di pubblica e generale utilità. Nulladimeno, avvezzi per lunghezza di tempo ad annettere alle voci *indulto*, *amnistia*,

abolizione, la idea di *dono*, di *remissione*, di *perdono*, i dottori le scuole il fòro, senza avvedersi dell'accaduto insensibile cangiamento nell'umana mente, han continuato a creder legato a que'vocaboli lo stesso primiero significato. Questa è l'origine del comune pregiudizio (1); e questa parimente è la ragione per che la *prescrizione* in materia penale, che ora è di *pubblico* interesse, e vuolsi perciò d'*ufficio* elevare dal magistrato, continui nelle scuole, nel fòro, nelle leggi eziandio, a chiamarsi *beneficio* rispetto al delinquente. Sarà quindi pregio dell'opera il farci a dar qui un breve cenno del corso ideologico che han tenuto coteste voci, e indicar quello che ad esse rimane a seguire.

Abolizione è da prima obblio dell'affronto ricevuto o dissimulazione di quello. Indi lungo tempo essendo trascorso, nè l'offeso o per negligenza o per generosità, o per virtù di quella religione che ispira il sublime sentimento del perdono, non avendo preso niuna vendetta dell'oltraggio sofferto, si è reputata questa contraria a'nobili sensi di cavalleria; poscia contraria alla *equità* per la inquietudine di animo nella quale ha lunga pezza vivuto l'offensore *ne perpetuo angatur timore*, e da ultimo per considerazione *politica*, più non riuscendo agevole raccogliere le prove del reato, nè poter altrimenti conseguire l'oggetto della pena, il pubblico esempio; pe-

(1) Questa è di certo una delle più frequenti cagioni de'nostri errori. Vedi *Tracy*, *Principii logici cap. VIII e IX*, dove fa rilevare i cangiamenti che accadono nel senso delle voci *amore*, *chimica*, ec.

L'egregio nostro filosofo abate Genovesi, in proposito dell'influenza ch'esercitano nella mente degli uomini i nomi, osserva che tre parti dell'uman genere hanno a guida la magìa de'nomi.

rocchè dopo l'andar di molti anni si cancella la relazione che corre tra la pena ed il reato commesso (1).

Amnistia è sinonimo anch'essa di abolizione, e suona dimenticanza delle ingiurie. Tiene ella il medesimo andamento tanto rispetto al privato offeso che al dinasta, la cui volontà è legge che rimane violata nell'essere trasgredita. Si perviene alla fine al punto da scoprire che in talune occasioni torna ad utile dello stato adoperarla qual mezzo da correggere mali politici già consumati, o da sedare mali politici che sieno per prorompere. Si adopera talvolta a sparger d'obblio que'fatti che la ignoranza ed i pregiudizî inducevano a reputar criminosi, come p. e. i reati di magìa, di fattucchierìa, ec. Però presso di noi è riconosciuta nel codice penale, art. 91, la *disposizione sovrana* che cancella dal *novero* de'reati una azione, tenuta innanzi per criminosa, e ne *abolisce* per regola generale la pena.

Indulto e *grazia. Indulgere* suona in italiano esser condiscendente, cedere alle istanze, alle preghiere altrui. Indulgente a'prieghi del colpevole fu primieramente l'oltraggiato o la sua famiglia; poi il dinasta, l'ottimate, il principe, prima coll'assenso, indi senza la remissione della parte offesa. *Grazia* deriva dal latino *gratis*; poichè il debito della vendetta fu in origine graziosamente rimesso dall'offeso, in seguito dal quirite, dal principe, nel modo anzidetto. Le pene furon da principio *pecuniarie*; onde la remissione era al tutto gratuita, non

(1) Quando si è arrivato a questa maniera di calcolare, l'abolizione assume il titolo di prescrizione; vale a dire diventa una eccezione fondata sull'interesse sociale; e la prescrizione si rende oggetto di ordine pubblico.

riscuotendosi per essa niun prezzo, o pecuniaria satisfazione (1).

Per le ragioni innanzi discorse non discernevasi sulle prime l'*abolizione* del procedimento penale o sia la *sospensione* di azione dalla *estinzione* della stessa azione penale ; nè siffatta sospensione di azione *o accusa* si distingueva dalla estinzione, commutazione, o diminuzione della *pena*, con irrevocabil sentenza già fulminata. Molto meno si scorgeva il vantaggio di escludere dallo indulto o dalla grazia chi ne aveva in altra occasione goduto senza correggersi, e di castigare con più grave pena il *reiteratore*, quegli cioè che incorso in un reato, senza averne ancora ricevuto la condanna, cadesse in un altro ; nè si pensava altrimenti di percuotere con più severo castigo il *recidivo*, colui che sofferta la condanna macchiavasi appresso con un nuovo delitto. Solo per istinto talvolta più che per calcolo in alcuna più grave congiuntura ed in casi affatto particolari, la pena si vede inasprita contra il recidivo o il reiteratore. Tutto in siffatto periodo di tempo, tutto si

(1) Perciò queste due voci nel proprio loro significato non alludono all' indulto o grazia che la persona offesa o il principe concede *motu proprio ;* sì bene all' indulto o grazia che si accorda o previa istanza dell' incolpato *o* previa dimanda autentica del condannato. In somma, esse si riferiscono al *rescritto particolare di abolizione* che nel *medio evo* e nel nostro antico fôro aveva il nome di *lettere di grazia* (*literae gratiae*) ed alla grazia che si ottiene, previo supplice libello, a quell' atto che or si chiama *decreto di grazia* e che nel *medio evo* appellavasi *decretum gratiosum*. *Gratus* deriva da *gratis*. La gratitudine è effetto del dono, o tratto gratuito. Però la voce *gratis* ha dovuto per ideologica necessità precedere quella di *gratia*. Qui giova osservare che la filosofia vince l'autorità di ogni dizionario; e che la *filologia politica* vuol essere coltivata in preferenza della pedantesca e gramaticale.

condona e rimette in complesso ; e dopo l'abolizione, l'amnistia , l'indulto , la grazia , più non si parla del commesso reato , non ostante che in un altro novellamente trascorra : talchè se al graziato o indultato si rimproveri di aver consumato il delitto già assorbito dall'indulto o dalla grazia, si reputa tal rimprovero un reato d'ingiuria.

Ma poichè l'intelletto ebbe acquistato maggiore perspicacità e si fu meglio fornito di quei veri che sono indispensabili al ben vivere , si venne a mano a mano accorgendo di coteste quasi impercettibili differenze fino a discernerle nella stessa guisa che noi di presente facciamo. Nè questa certo è la meta del progresso e del graduale decomponimento di siffatte idee , nè del cangiamento di significazione delle suddette parole; perocchè lungo tratto resta ancora a percorrere fino alla cessazione ed all'annientamento di cotesti modi *sospensivi* o *di estinzione* di procedimento o azione penale , di *estinzione* ovvero di *commutazione* di pena. Ed un tal fatto non sarà per avvenire in altro modo da quel che innanzi n'è sembrato antivedere rispetto al corso ed al futuro stato delle leggi penali e dell'azione che ne risulta relativamente alla pena corporale.

Or , avendo discorsa la progression genealogica degli atti *graziosi* o gratuiti , torna opportuno divisar brevemente e pe' capi principali l'essenziale differenza che corre tra la giustizia *graziosa* e la *contenziosa*.

TITOLO VIII.

Essenziale differenza ch' è tra la giustizia graziosa e la contenziosa , tra le leggi e gli atti della prima : corso ideologico dell' una e dell' altra : stato venturo della giustizia graziosa.

Nella abolizione , nella amnistìa, nell' indulto o nella grazia non ha niuna parte il magistrato. È solo l' oltraggiato , sono i suoi congiunti, è poi il dinasta , il principe , quegli che obblia le sofferte ingiurie , che concede l' indulto o la grazia. Ed intorno a ciò ei non consulta i magistrati, ma il suo cuore , la sua magnanimità , le inspirazioni di una religione edificata sull' amore e la generosa dimenticanza delle offese ; ed in tempi di più avanzata civiltà , l' alta e sovrana sua *mente.* E quantunque nell' antico e primitivo stato di legislazione, non essendo ancora in varii rami scompartiti i politici poteri , il principe in sua mano ritenga la giurisdizion contenziosa , ed al magistrato ne deleghi soltanto l' esercizio rivocabile a volontà , diversamente da quel che si stabilisce in età di maggiore incivilimento e coltura ; pur nondimeno nell'accordare indulgenza o amnistìa , *motu proprio* , egli non esercita punto la contenziosa giurisdizione che per indole e per intrinseca giustizia richiede *atto di accusa*, *difesa* della parte accusata , e giudizio *regolare* di magistrato , ma sì un potere più eminente più esteso e non legato ,

come è la potestà giudiziale, da norme positive e definite; esercita in somma un poter *governativo,* che si muove e regola secondo le *variabili* circostanze in ordine al bene generale di un popolo; quel potere che nell' *amministrazione politica* di uno stato consiste, e sotto aspetto di giustizia *governativa* o prudenziale si aiuta de' computi del passato del presente e dell' avvenire. E quando, in tempi meno colti, la sovrana potestà è tuttora concreta e intenta solo al personale interesse, invece di giurisdizion contenziosa, il principe dispiega quel potere che dimandasi *domenicale* (*herilis*), ed anche diritto *patrimoniale;* o esercita infine le due più sublimi virtù, la generosità e la clemenza.

Ed oggidì in gran parte d' Europa non si valgono i monarchi di quel potere se non allora precisamente che è rivolto alla superiore e generale amministrazione dello stato, non restando in ogni occasione dal calcolare la pubblica utilità, fatta ragione della presente condizion delle cose, per iscorgere se metta conto alla cosa pubblica il procedere ne' commessi delitti a rigore di legge, o più mitemente, o il non procedere affatto; al che fare non di rado son tratti ancora dall' alto motivo di loro sovrana generosità ne' reati che risguardino alla loro persona o famiglia.

Laonde non è da porre in dubbio che una *essenziale* differenza passa tra la *graziosa* e la giustizia *contenziosa.* Perocchè la giustizia graziosa, in tempi che il potere è *domenicale* emana dal principe per cagioni al magnanimo suo cuore *peculiari* e proprie, senza istanza della parte offesa, senza solennità di rito, senza difesa dello imputato; la contenziosa parimente muove dal principe come *giudice* e si esercita con tutta la pompa delle *formalità,*

in *figura judicii*, o dal magistrato che viene dal principe istesso investito di *contenziosa* giurisdizione. Quella, in epoca in cui la ragione col nudrirsi di migliori dottrine ha acquistato vigore ed estensione , deriva da moti:i e variabili condizioni di alta e politica amministrazione dell' intero stato ; questa da norme stabilite , inalterabili , circoscritte e particolari di casi già preveduti, calcolati e fermati. Quella innalzandosi e spandendosi nell'ampiezza di tutta la società si esercita senza considerazione d'individuo ; questa assolutamente richiede che l'imputato sia nella persona particolarizzato e distinto. La prima da ogni formalità, da ogni vincolo di giurisdizione va libera e disciolta, senza processo ed a prudente arbitrio del principe; la seconda soggiace all'impaccio di entrambe, e vuolsi dispiegare in perfetta conformità del processo *legittimato* o pubblicamente *discusso*, senza che al magistrato che giudica sia dato consultar la sua *coscienza*, o le sue private notizie. L'una da ultimo è sommessa alle norme della giustizia *commutativa* e quindi all' *aritmetica* proporzione ; l'altra alla giustizia che segue la proporzione *geometrica*, alla giustizia distributiva.

Al magistrato non altro si consente che l'esame de' requisiti che fan godere l'indulto o amnistìa, e quello degli effetti che ne provvengono. Un tempo, a poterne godere, si richiedeva fra noi per essenzial condizione la *remissione* dell' offeso , e ne' rescritti particolari di abolizione , che allora si dimandavano *literæ gratiæ* , si voleva che dall'inquisito non si fosse nella supplica taciuto niuna circostanza o fatto che dal concederli avesse potuto rimuovere la mente del re, nè che si fosse in quella affermato alcun fatto non vero che ad accordarli l'avesse

indotto. Ne'quali casi l'indulto dicevasi *surrettizio*, ovvero *orrettizio*. Al presente le nostre leggi esigono che l'imputato si renda presente, ove non si tratti d'indulto *necessario*, e che faccia espressa domanda di volersi giovare dell'indulto generale o amnistìa complessiva (1).

Tra la giustisia graziosa e la contenziosa v'ha dunque una differenza essenziale; la quale esiste altresì fra le leggi che dirigon l'una e quelle che reggon l'altra: leggi di graziosa giustizia che non voglionsi scambiare con gli *atti* o *decreti* di essa, ne' quali si risolvono l'aboli-

(1) Altra volta come necessario requisito era fra noi richiesto lo assenso o *remissione* della persona oltraggiata; essendochè il diritto di *accusa* e per conseguenza di *punire*, era in parte tuttavia a posta dell'offeso, e la quota di privato interesse ossia l'azione civile de' danni-interessi non erasi ancora disgiunta dall'azion pubblica. Ma ora che col dare all'ingiuriato la facoltà di agire anche in linea civile, si sono separati i due interessi, non fa più mestieri del suo consenso o remissione. Di qui è che lo indulto, restringendosi alla sola pubblica azione, lascia *salva* ed *intatta* l'anzidetta azione civile.

Questo diritto di punire, secondo il costume germanico radicato fra noi, si pertineva alla intera famiglia, godendone l'esercizio il solo individuo di lei, ch'era stato direttamente oltraggiato; e nella costui mancanza per morte, si godeva dagli *eredi del sangue*. Onde è che prima delle ultime nostre leggi gli eredi *legittimi*, non già gli estranei, potevano accordar la *remissione;* solo disputavasi se in occasione dell'affronto o della morte di un monaco dovesse la remissione compartirsi dall'abate del monastero, atteso la morte *civile* di quello a cagione della monastica professione, o pure dagli eredi del sangue, stando fermo il legame di cognazione e parentela naturale, quantunque venisse rotto il vincolo *civile* (*Caravita*, *ibid.* §. 2, *cap. II.*). La quale dottrina ben può di presente giovare in proposito del consenso ch'è in obbligo d'impetrare chi dannato qual *omicida*, desidera, espiata o graziata che gli sia la pena, di non dimorare lungi dal luogo del delitto, com' ei dovrebbe, giusta il noto sovrano decreto.

zione, l'amnistìa, l'indulto e la grazia. Siffatte leggi son quelle norme generali che dettansi a'magistrati, conforme le quali devon essi applicare i suddetti decreti o atti dati fuori dal sommo imperante in qualità di *supremo amministratore politico dello stato :* norme che li guidano nell'esame de' requisiti pur anzi mentovati come indispensabili al godimento di questi atti di suprema e politica amministrazione. Ciò vuol dire che, non essendo *volontario* l'indulto, il magistrato applicando di ufficio l'atto d'indulgenza al caso in contesa, è assolutamente passivo, nè d' altro fornito che del semplice potere di *eseguire* , previa *sommaria nozione :* e per l' opposto essendo *volontario* l'indulto, gli fa mestieri, a menarlo ad esecuzione, che attenda la domanda dell' imputato. In amendue le ipotesi egli non esercita il *mero impero* , ma soltanto la divisata *sommaria nozione;* perocchè esamina unicamente se l' imputato sia incluso o no nell' indulto , senza che v'abbia bisogno di quanto occorre nell' esercizio dell' ordinaria giurisdizione contenziosa, dovendone far l'applicazione sul semplice processo informativo e dichiarare *abolito* il procedimento , *sospesa* l' azione penale (1).

---

(1) Non essendosi i codici di procedura analizzati , secondo abbiam sopra notato , in relazione alla potestà *politica* che al magistrato si conferisce , non sonosi per ancora notomizzati i varî poteri , comechè distintissimi , del magistrato penale che nel nostro regno s' intitola *Gran Corte Criminale.* I quali poteri , prescindendo da quello che dimandasi di *polizia* investigatrice onde essa Gran Corte Criminale è investita allorchè s' impossessa degli atti d' instruzione , si risolvono 1. nel *potere censorio* ; 2. nel potere *prudenziale* o *amministrativo ;* 3. nel potere di *semplice applicazione* degli atti di giustizia graziosa , ossia di *sommaria nozione;* 4. nel

Or chi sarà mai che non maravigli, ed a ragione, nel vedere che nè in teorica nè in pratica niun conto si tenga di sì positiva importantissima differenza di coteste due specie di giustizia, nè delle due diverse sorti di leggi? che non si faccia caso della diversità che corre tra le leggi di graziosa giustizia e gli atti o decreti di essa ch'emanano dall' eccelsa amministrativa o vogliam dire *governativa* magistratura del supremo imperante?

Osserva da quale sorgente deriva l' invecchiato e volgar pregiudizio di tener per *tacita* confessione del reato, il semplice fatto del godimento dell' indulto! Non distinta la differenza delle cagioni, non appreso il divario dell' indole e delle conseguenze di esse, qual maraviglia che si perturbi e confonda la *filiazione* de' respettivi effetti, e la giuridizione si scambii e si scompigli?

---

potere che dicesi giurisdizione *contenziosa* di rito ordinario, ovvero speciale, che in sè racchiude il *mero impero*; 5. nel potere ch' è mezzo tra quello della graziosa e l' altro della giustizia contenziosa, come è per l' appunto la giurisdizione che la G. C. C. spiega in caso di *concordia* o *truglio*, sia questo necessario, sia volontario; 6. nel potere di *delegazione* ch'ella esercita in grado di rinvío dalla Corte Suprema.

Quali e quanto gravi differenze nella *natura*, nella *estensione* e negli *effetti* di così diversi poteri! La mancanza di siffatta analisi ha fatto in pratica avvalorare di gravi errori, ed ha dato luogo ad una giurisprudenza, che il pubblico vantaggio, la coerenza dei principî, il chiaro senso delle leggi richiamano tuttodì che venga ormai riformata.

Intorno a siffatto argomento abbiamo da molto tempo preparato un breve lavoro che avvisiamo di dare alla luce, quantunque stiam certi che viva opposizione sarà per farci contro la comune e contraria opinione de' molti.

Eppure nell'antico diritto civile e nel novello di un frequente atto di giustizia *graziosa* si ragiona, che ben poteva a' dottòri prestar bella occasione di alzar la mente a siffatta maniera di giustizia; e questo si è per l'appunto la legittimazione di *mera grazia*, o sia *per rescriptum principis*. La giustizia contenziosa e le leggi che la regolano escludono dal novero de' *legittimi* i figliuoli naturali. Ma sovvien loro il principe, spiegando, come i giureconsulti si esprimono, la *onnimoda* sua *potestà*, esercitando cioè la *graziosa* giustizia come sommo *amministratore* dello stato, che prende in considerazione le peculiari condizioni di un individuo o di una famiglia, a fine di purgarne la macchia de' natali, e talvolta ancora per investire il figliuol naturale di taluni diritti di *famiglia*. Nel qual proposito essi dottori trattano eziandio del rescritto *surrettizio*, quando nelle suppliche rassegnate al principe si sia taciuto il vero intorno alla *qualità* di figlio; e dell'*orrettizio*, quando siasi esposto il *falso*. Nello esercizio di siffatta giustizia non han pure la menoma parte l'opera e l'autorità del magistrato di giustizia contenziosa: egli ne applica solamente gli effetti (1).

(1) Noi non vogliam punto sospettare che possa a taluno correre per la mente intendersi qui per graziosa giustizia quella che rendesi dal magistrato esercente giurisdizione *volontaria*, quella giurisdizione che si mette in opera ad istanza di una sola parte senza contraddizione dell'altra, senza contestazione di lite; nè quella che rendesi di *ufficio*, *ex officio nobili*, ufficio distinto dall'altro che suppone la previa dimanda della parte, e che dicesi ufficio *mercenario*; imperocchè son cose assai fra loro diverse.

L'una e l'altra maniera di giustizia sonosi in prima amministrate dal privato, e poscia dal privato insieme col dinasta, col principe, siccome innanzi fu per noi osservato: entrambe erano in complesso riunite ed avviluppate col potere giudiziario, legislativo, amministrativo, di esecuzione. Col successivo svolgersi della civile intelligenza, si disciolsero questi poteri in più parti. La giustizia contenziosa col poter giudiziale, onde dipende, nell'ultima riforma del secolo presente, è stata affatto isolata dal potere legislativo, amministrativo ed esecutivo, co'quali erasi per tanti secoli tenuta stretta ed unita; si è dichiarato restar da questi poteri indipendente; e dalla giustizia graziosa si è del tutto disgiunta. Onde è che il principe non ministra più da sè, come già un tempo e per diritto romano e per romano-germanico, la *contenziosa* giustizia; ma si ha solamente serbato la facoltà di esercitar la giustizia *graziosa*, facoltà che realmente si attiene al potere *amministrativo* o governativo, e che in modo eminente al principe si spetta. Nè ora che il processo inquisitorio è stato per lo *rito* e per la *efficacia* diversificato dall'accusatorio, ei non la ministra più sulle istruzioni in quello raccolte; ma per ragioni di universale vantaggio e in dubbio della *colpabilità* dell'inquisito.

Vero è che secondo che le leggi coll'aumentar della industria e lo ingentilir de'costumi divengono migliori, secondo che la contenziosa giustizia si toglie ad amministrar con più esattezza e religione, la giustizia *graziosa* cede di mano in mano il campo, diviene più *rara, manco necessaria*, finchè sarà per venir meno del tutto quando le leggi penali e l'azione penale avran toccato quel termine per noi

preveduto nel tit. VI, pag. 82 ; perocchè allora ella deve cader da sè per difetto di causa e per mancanza di fine (1).

(1) Se a questo corso ideologico delle civili istituzioni e de' politici poteri si fosse posto ben mente, la tanto agitata questione de' giuspubblicisti intorno alla facoltà del principe di *far grazie* si sarebbe agevolmente risoluta, senza dar campo a tante vaghe declamazioni.

TITOLO IX.

Corso ideologico-politico della giustizia graziosa secondo il diritto Romano. Vero ed unico significato della L. 3. C. de generali abolitione.

L'azione penale o diritto di *punire*, siccome innanzi abbiam ragionato, fu sul nascere della nazione romana esercitata dalla *mano* dell'offeso, senza freno, senza limite o norma di legge preesistente; poscia s'intramise il *quirite* che con quello la divise, lasciandogli per intero la facoltà di accusare: onde la giurisdizione trovavasi in allora tutta in complesso, e non segregata dal potere *legislativo*, *amministrativo*, *esecutivo;* nè v'era altro processo che lo *accusatorio*, il quale si formava per cura e diligenza del solo accusatore. E questi fu in prima l'oltraggiato, o in sua vece i congiunti: ed in seguito quando si era svolta ed appresa alcuna idea di *semipubblico interesse*, l'accusatore fu *qualunque del popolo*.

In progresso di tempo, venuta la somma delle cose nelle mani del solo imperatore, la unità del governo si fece meglio sentire, e tal quale idea di universalità di pubblicità o *comunione* d'interesse si rendette assai più osservabile, quantunque *unita* ed immedesimata nella *fisica* persona del principe. Quindi sebbene lo imperatore si recasse alle mani ogni ragion di potere ed avesse pieno possesso della giurisdizione o potestà giudiziale, giudicando egli in persona, o riformando le sentenze de' magistrati che ne' casi

dubbii a lui si rivolgevano (1); pur tuttavia la delegazione per lui fatta a diversi magistrati indusse qualche disgiungimento nell' *esercizio* di sì complessa potestà.

E nel vero, poichè sotto l' impero di Adriano si fu ampliato il concetto del politico interesse e meglio sviluppata la idea del governo in ordine alla universalità del suo potere, si vide sorgere la istituzione degli *Irenarchi*, i quali eran deputati a mantenere la *pubblica quiete e tranquillità: Qui ad provinciarum tutelam, quietis ac pacis per singula territoria faciunt stare concordiam:* deputati *ad inquirere ed a raccorre* gli indizî a carico degl' imputati, quantunque non si presentassero *privati* accusatori a perseguitargli in giudizio; a formarne di *ufficio* il processo *inquisitorio* (elogium); e quindi ad arrestarli, *adprehendere*, a interrogargli, ad inviarli col processo suggellato al preside della provincia, o ad accompagnarli di persona. Essi in altro non diversavano dalla classe de' nostri funzionarî di *polizia giudiziaria* che in quanto congiungevano in uno le attribuzioni di polizia *amministrativa* o preventrice, e quelle di polizia *giudiziaria* o investigatrice. Ai loro *elogi* o processi informativi, come al presente, non si aggiustava allora niuna fede; perocchè doveva il magistrato competente esaminar di nuovo gl' imputati ed i testimonî, e potevano gli Irenarchi venir da quello redarguiti, ed esser anche gastigati, qualora non avesser bene istruito il processo informativo, o l'avessero fatto *dolosamente*. (2)

---

(1) *L.* 1, *ff. de const. princip.*

(2) *L. I. C. de Irenarchis — L.* 6, *ff. de custodia et exhibitione reorum.*

Chiaro qui si appalesa il torto di quei politici o giuspubblicisti che amerebbero far rivivere la pubblica *accusa* in questo senso, che

In fino a che l'accusa non meno che la punizione furono interamente private, ed esercitavansi in satisfazione del solo offeso, in arbitrio solamente dell' offeso ancor si rimase la giustizia *graziosa*, dipendendo essa o dalla *generosità* di lui, o dalla stanchezza di perseguitare il malfattore, o dall'obblìo che induce la lunghezza del tempo.

Ma poichè il diritto della vendetta andò ripartito tra l' oltraggiato e il quirite, l'*abolizione*, il *desistere* dalla ac-

---

la potesse produrre chiunque del popolo; e che intenderebbero eliminare il processo *inquisitorio* richiamando in vita il primitivo ed unico *accusatorio*. Oh se mai si avverassero i loro voti in quale triste retrogradazione non sarebbe spinto l' umano intendimento! L' accusa privata ed il processo accusatorio che a quella è coevo, si addicono alla età di privato interesse, d' intelligenza *sensuale* e concreta, quando non si ha il concetto di comune e *pubblico* vantaggio, nè s' è acquistata ancora nè recata ad atto la idea di *pubblico governo*. L' *inquisitorio officiale* non meno che l'*officiale accusa* son frutti di più estesa intelligenza, di ragion più vigorosa e fatta superiore a'sensi, alle mire particolari e limitate. Non si confonda dunque con questo il processo inquisitorio di quell'epoca nella quale, senza discernere e separare dall' officiale *inquisitore* il magistrato che *giudica* dell' accusa, si riunisce interamente in una mano ed avvolge il potere giudiziale, e nelle tenebre tutto si decide a coscienza ed arbitrio. Il quale processo nella sua prima età non ispira spavento; essendochè la semplicità de'costumi, la buona fede, la generosità de'sentimenti fan sicuri gli animi e son guarentìa a qualunque del popolo; ma poscia, cangiati i costumi e tratti i poteri in abuso, ben può divenire istrumento assai pericoloso e funesto. Ben diverso è il concetto che abbiamo dello inquisitorio che ora si forma prima dell' accusatorio e che vien consigliato dalla prudenza politica, ossia dal rispetto alla libertà *individuale* ed alla *stima* del cittadino, acciocchè non alla cieca e in danno di queste sue preziose *proprietà*, ma si proceda avvisatamente, raccogliendo innanzi tratto tali indizî da potere autorizzare de'provvedimenti che salvino a un tempo i riguardi dovuti alla *innocenza*, e tolgano la occasione alla *impunità*.

cusa, il *rinunziare* alla istanza non restò in piena balìa del solo accusatore; gli fu mestieri impetrare la *venia*, il permesso da esso quirite, *pretore* o preside. Anzi renduta che si fu *popolare* e pubblica l' accusa, l'accusatore che non era mosso nè dalla ingiuria propria nè da quella dei parenti, *qui suam, suorumque injuriam non defendebat*, ebbe ancor bisogno dell'assenso dello accusato, se questi per lo fatto dell' accusa avesse patito alcun danno; *si vel carceres sustinuerit, vel tormenta, vel verbera, vel catenas* (1).

Fatta in seguito adulta la idea di *pubblico* e *comune* interesse dello stato, la *desistenza* nacque da motivo di *pubblica* ragione, *ob diem insignem, aut publicam gratulationem, vel ob rem prospere gestam* (2); ma fu *sospensiva* a tempo determinato, non assoluta e *perentoria* (3).

Venutosi in progresso ampliando assai più il concetto della *cosa pubblica*, si aggrandì davantaggio la potestà del supremo imperante, e si scemò invece quella dell' uom *privato*. Di che gradatamente derivò che si tenne parte di pubblico diritto ed *officiale* lo *inquisire* ed investigare i reati e gli autori di essi, e quindi il punirgli nel silenzio o nella non curanza dell'offeso o di qualsivoglia altro particolare accusatore (4). Così divenuta l'azione penale pressochè assolutamente pubblica fino ad essere distinti i *privati* da' *pubblici* giudizi e le

---

(1) *LL.* 2, 3, *C. de abolitionibus.*

(2) *LL.* 8, 9, *D. ad Senatuscons. Turpillianum et de abolitionibus criminum.*

(3) *LL.* 1, 2, *C. de generali abolitione.*

(4) *L.* 2, *D.* §. 6, *de adulteriis.*

pene pubbliche o afflittive di corpo dalle pecuniarie che attribuivansi al privato il quale non agiva *extra ordinem*, ma solo *civiliter*, gli imperatori si trassero a disporre di quella esercitando la giustizia *graziosa*. La quale non cadeva già sul *processo* penale con abolirlo o sospenderne il corso, lasciando viva benchè *sopita* l'azione penale; ma cadeva sulla condanna profferita dal magistrato, o sul fatto criminoso, cui l'imperatore, *amministrativamente* esaminando, reputava come realmente consumato.

In siffatto stato rimasero presso i Romani i poteri politici e la giustizia *graziosa*. Lo imperatore riuniva interamente in sè non solo il potere legislativo, e il giudiziario anche in quanto all'esercizio di questo, ma l'amministrativo ancora e l'esecutivo.

Il Magistrato aveva anch'egli una parte del potere legislativo; dappoichè ben poteva e talvolta doveva sopperire al difetto di norme relativamente alle materie, dalla pochezza di quelle leggi non prevedute, ed infligger pene arbitrarie o straordinarie, le pene cioè che non erano state da quelle stesse leggi prestabilite (1). L'uomo privato godeva ancora la facoltà o il diritto dell'*accusa* e della *istruzione* del processo; e ne'privati delitti era il solo a cui si competesse perseguitare il delinquente in via civile, o criminale, *extra ordinem*. Nei pubblici misfatti all'incontro il diritto di *punire* e conseguentemente quello di *graziare* stava in piena balìa del principe; nè facea mestieri del consentimento dell'oltraggiato. E negli ulti-

(1) *Jus Praetorium est quod Praetores* introduxerunt adjuvandi, *vel* supplendi, *vel* corrigendi *juris civilis gratia*, *propter utilitatem publicam*. *L.* 7, §. 1, *D. de justitia et jure.*

mi tempi il potere d'*inquisire*, in mancanza di privato accusatore, divenne, secondo che s'è dianzi notato, *officiale*, cioè di pubblica ragione (1).

---

(1) Aveva dunque ragione il Vico di affermare, ragionando di questa romana legislazione, che « alle nuove occasioni delle civili « faccende così pubbliche, come private, in tempi d'idee più » *schiarite*, e in conseguenza in tempi più *umani*, ella è ita *spie-* » *gando* più e più la lor mente (*de' decemviri*, *d' intorno le ci-* » *vili utilità*) col supplirne le mancanze *impropriando* le parole » della legge. » (*Luogo citato*).

Se non che vuolsi siffatta considerazione applicare alla legislazione di qualunque popolo della terra ed a tutte le istituzioni sociali; perocchè questo è l'andamento ideologico della mente umana.

Ma innanzi che si divenga a cotesto sviluppo e schiarimento d'idee e di cognizioni; innanzi che si giunga a farne stabile *dichiarazione* col descriverle in un codice, col pubblicarle e sancirle, v'ha di sicuro un'epoca in che si vive *sine lege certa*, *sine certo jure*, tra le *moltiplici vacillanti* e *svariate* opinioni de' giureconsulti e magistrati: della quale epoca abbiamo avanti ragionato nel titolo V, pag. 62.

Chi brami pertanto vedere come in uno *specchio statistico* lo stato del diritto di questa epoca di *autorità* e di *opinioni*, che antecede e prepara non meno quella della *scienza* che l'altra della *definizione certezza* e *stabilità* delle norme e de' poteri concernenti i privati ed i magistrati di ogni grado e condizione, volga uno sguardo all' utilissima opera del Menochio *de arbitrariis judicum quaestionibus et caussis*, *etc.*: quivi rileverà che il giudice per difetto di regole e definizioni, vale a dire di leggi positive, doveva *ex aequo et bono*, o come lo stesso scrittore si esprime, suo *arbitrio rem definire*, *hoc est* PRO SUO ANIMI JUDICIO ET INTELLECTU *controversiam terminare* (*Quaest. I*). E però sarà maravigliato a un tempo e lieto di scorgere come le materie risguardanti la giurisdizione, la procedura, le forme, la dichiarazione dei diritti e delle obbligazioni, i reati e le loro circostanze aggravanti, scusanti, attenuanti, giustificanti, materie che allora andavano tutte abbandonate al prudente arbitrio del giudice ed ondeggiavano tra le incerte e varie opinioni de' dottori, si sieno ora nella più parte

Sicchè il vocabolo *abolizione* in diritto romano ha diverse significanze : dinota cessazione , o desistenza di accusa per fatto dell' accusatore ; oppure *dissimulazione*

---

e colla maggior precisione fermate e descritte, in guisa da sbandirsi quasi ogni cieco volere, ogni possibile abuso, ogni esitazione ed incertezza ; attesochè in tal guisa si son posti al sodo e fatti sicuri i diritti e le proprietà di ognuno, s'è circoscritto e frenato il potere di ogni pubblico funzionario. Ecco i begli effetti del progressivo ideologico corso della natura civile e politica delle nazioni!

Quindi si fa più specchiatamente manifesto che, a bene intendere le ultime instituzioni e leggi, sia d'uopo risalire alla cognizione ideologico-storica degli usi , delle instituzioni e delle leggi anteriori , giusta il metodo e il disegno dell'opera da noi cennata e promessa nella nota a pag. 66. E chiaro pure si svela il difetto del metodo tenuto dai giusnaturalisti e giuspubblicisti, non escluso lo stesso Bentham , che considerano la legislazione in un solo *stato* astratto e generalissimo, senza avere niun riguardo al progressivo procedere di lei dallo stato di *senso* a quello d' *immaginazione*, e da questo all' altro di *ragione* , ec.

Nè vuolsi avere la legislazione come un tutto bello e formato, veduto quasi direi in massa da' primi uomini , e che poi si vada a mano a mano dispiegando e nelle sue minute parti dividendo. Egli è questo un modo *sensibile* , un parlar *figurato* , che n'è sembrato opportuno a far meglio palpabile il successivo svolgersi delle leggi che , nel vero , non d' altronde ha origine che dal progredir continuo della intelligenza , e per conseguente dalla successiva e continua *modificazione* del viver civile ; la quale desta nell' uomo di molti bisogni che gli erano per lo innanzi al tutto sconosciuti.

Di qui è che nella rusticità della vita silvestre non si apprendono quelle necessità che risveglia ardentissime la *delicatezza* dei popoli molto innoltrati nella civiltà. E però le leggi di *commercio* non si pensano da popoli che non danno opera assidua alla industria , o la esercitano in un circolo troppo ristretto : nè le leggi *politiche* e di *procedura* germogliano fra genti che vivono in uno stato *patriarcale* o sotto l' autorità aristocratica e *patrimoniale* de' donni , de' signori , de' dinasti ec. Dal crescere la

Digitized by Google

dell' oltraggio ricevuto (1): vale inoltre sospensione di processo per decreto del principe, così veramente che si possa quello ravvivare e ripigliare fra trenta giorni contando dal dì che cessa il termine dell'abolizione o della sospensione. La voce *indulgenza* si confonde alcuna volta con *abolizione*, perocchè si adopera nel medesimo senso di semplice sospensione di processo; sospensione a tempo limitato e di assai breve durata (2).

Ma *indulgenza* o *indulto* in diritto romano nel proprio e stretto suo significato importa lo stesso che la voce *grazia;* e ciò chiaro si scorge dalla *L. 3, C.* sotto il titolo *de generali abolitione.* Quivi è detto: *Indulgentia, patres conscripti, quos liberat, notat, nec infamiam criminis tollit; sed pœnæ* gratiam facit.

Niuna legge ha sofferto quanto questa le più strane interpetrazioni del mondo. Si è creduto che il verbo *notat* significasse *notar d' infamia*, per modo che qualunque si giovasse di un indulto, con questo solo fatto

somma delle idee sorgono in noi novelli desiderî che, fruttando nuovi e svariati bisogni, inducono la necessità di quelle nuove *descrizioni, dichiarazioni* e *promulgazioni* di essi, che prendono poi il nome di leggi. Certo è nondimeno che la loro nascita è sempre *preparata* e predisposta dallo stato e condizione civile antecedente.

Egli è dunque alieno dal vero ciò che da taluni ideologi s'insegna, che l' uomo primamente vegga tutto in *massa*, e che poscia a poco a poco svolgendola, scenda a conoscerne le parti *minute* e singolari.

(1) *Instit. de injuriis*, §. 12. — *Haec actio dissimulatione aboletur.*

(2) *L. 2, C. de generali abolitione.*—Si avverta che la voce *crimen* in questa legge non vuol dire misfatto, sì bene *accusa*, come suona nelle frasi *inscribere* e *subscribere in crimen*, *de abolitionibus criminum*, ed in parecchie altre.

confessasse la sua colpa, e ne rimanesse quindi infamato. Qualora in siffatto senso si volesse intendere il *notat* vi sarebbe ripetizione del medesimo concetto nel secondo ed immediato *comma* della stessa legge; o la particella negativa che al verbo *notat* sussegue, *nec infamiam criminis tollit*, farebbe assolutamente supporre una significazione al tutto diversa dal precedente membro dello stesso periodo, e come non manifestata affatto nella parola *notat*. Se il *notat* volesse dire che lo indulto colpisce d'infamia chiunque profitta di quello, a che si sarebbe poi soggiunto, ch'esso non toglie nemmeno la *infamiam criminis?* Nè il verbo *notat* nella lingua latina, e segnatamente nella lingua delle Pandette e delle altre parti del diritto romano, ha da sè solo avuto mai il significato di *tassar d'infamia*. Sotto il titolo *de his qui notantur infamia* si riportano nel Digesto venticinque leggi, delle quali venti sonosi estratte dai libri di Gajo, Ulpiano, e Paolo *ad edictum*. Nella prima si riferiscono le parole dell'editto del Pretore: *Praetoris verba dicunt: infamia notatur, qui ab exercitu etc.* Ora in tutte le prefate 20 leggi, che sono tanti comenti a quell'editto, adoperasi soltanto la parola *notatur* senza l'aggiunto *infamia ;* perocchè il giureconsulto che comenta, si rapporta sempre al testo che illustra, usando così per brevità una ellissi nel ripetere un pezzo solo della frase che sta dichiarando. Per l'opposto nelle altre quattro leggi di Papiniano, di Paolo, e di Marcello, perchè attinte nei loro libri *Responsorum*, *Publicorum*, *Quaestionum*, non trovasi adoperata la sola parola *notatur*, ma si leggono invece le frasi—*ignominia videtur irrogari*, *infamium loco haberi*, *infamiam non importat* (1).

(1) Il vero significato del verbo *notat* si è quello che risponde

Checchè peraltro ne sia del valore di questa voce, la *Legge 7. Cod. de sententiam passis et restitutis* più chiaro dimostra il vero ed unico senso dell' allegata legge 3; essendochè apertamente dichiara, che la indulgenza generale non restituisce *integram atque illibatam existimationem*, come parimente non riconcede il grado militare che in pena del reato s' era perduto, *loca militiae pridem adempta.* E tutte le altre leggi che a quella susseguono, comprese sotto il medesimo titolo, fanno di ciò egual fede e sempre più rifermano, che la indulgenza in diritto romano riguarda propriamente alla pena, ossia alla condanna comunque si sia riportata; in guisa che ben si può conchiudere col prelodato Caravita: *Abolitio* accusationis *est*; *indulgentia* delicti, *qui* gratiam *criminis impetrat a principe, crimen fatetur; non item his, qui* abolitionem, *quae potius*

---

alla sua forza nativa di *notare*, *segnare*, *registrare*. Siccome al presente v' ha registri correzionali e criminali ove si appunta il nome di chi incorre in una controvvenzione, in un delitto, o in un misfatto, per aversene conto in caso di *reiterazione* e di *recidiva*, ed ancora per vedere s' ei possa in siffatte congiunture valersi della *escolpazione* della parte offesa, ovvero dell'indulto; così anco presso i Romani s' era formato un abozzo sebbene imperfetto di tale idea: e in due diverse leggi sta scritto, che pigliavasi nota di coloro che godevano dell' indulto o dell' abolizione; di che rimanevano esclusi ove fossero per avventura ricaduti in un altro reato. La *L. 3, C. de Episcopali Audientia* dice: *His ergo tali sub adstrictione damnatis, indultum nostrae serenitatis eo praecepti fine concludimus, ut remissionem veniae crimina, nisi* semel commissa, *non habeant; nec in eos* liberalitatis *Augustae referatur* humanitas; *qui impunitatem veteris admissi, non emendationi potius, quam consuetudini deputaverint.* E qui non si ommetta di avvertire che anche in questa legge la parola *indultum* si trova usata nel senso de' nostri decreti di *grazia*. L'altra è *la L. 28, D. §. 3, de poenis.*

Digitized by Google

injustitiam exprobat accusationis: e più innanzi egli dice: *Distinguitur* indulgentia *ab* abolitione; *etenim indulgentia, quamquam generalissimum nomen, significat tamen* eam veniam, quae poenae inflictae, aut infligendae gratiam facit, impunitatem delicti tribuit, *eamdem exteri et nostrates interpretes vocant* indultum; definiuntque poenae liberationem ejusque remissionem. (1)

L'imperator Giustiniano, con aver escluso il titolo *de indulgentiis* che trovasi nel codice di Teodosio, diede certo cagione che questa legge 3 si allogasse sotto il titolo *de generali abolitione*; ma ei non ebbe in mente nè volle confondere coll'abolizione lo indulto. Egli suppresse a ragione quel titolo *de indulgentiis;* perocchè le varie leggi che sotto cotal titolo veggonsi tutte registrate nel codice Teodosiano non sono già leggi, sì bene *decreti* o sentenze pronunciate proprio dal principe in casi singoli e circoscritti da peculiari circostanze. Che se questa legge 3 fu anch'essa senza dubbio tolta di peso dalla 5 del suddetto codice di Teodosio, nondimeno per dargliene le forme ebbe Giustiniano a reciderne l'ultima particella che la rendeva concreta e singolare; relativa cioè al caso del Senato romano, a cui l'imperator Valentiniano negò di concedere l'indulto sotto pretesto che lo avesser collettivamente implorato tutti i membri di quel consesso (2). Sapendo che la legge deve all'intero stato riguardare o ad una classe di es-

---

(1) *Instit. criminal. lib.* 4, §. 2, *cap.* 75.

(2) Si noti che in questa legge 5, *C. Theod.*, si dice: *Qui indulgentiam Senatui dat, damnat Senatum:* tanto è vero che *indulto* in diritto romano importa *grazia*, non già *abolizione* di procedimento! Che è quanto dire che include implicita condanna, scemando o rimettendo la pena.

so, egli ne ritenne il solo *principio teoretico* stabilito nella prima parte; e poichè molto breve ell' era, si avvisò di non averne a fare un titolo separato, ma d'unirla invece alle due leggi concernenti l' *abolizione* sotto l'unico titolo *de generali abolitione*. Di che nacque in progresso di tempo, che andarono da' dottori e nel fôro adoperate promiscuamente le voci *indulto*, *abolizione* e *grazia*. Il quale abuso derivò ancora da quei destini, a cui costantemente soggiace ogni favella.

TITOLO X.

Corso ideologico-politico della giustizia graziosa secondo il diritto germanico ed il diritto che di presente è in vigore nel nostro regno. Confronto di questa colla giustizia graziosa del diritto romano.

Noi abbiamo già innanzi indagato il cominciamento, i progressi e l'ultimo stato del diritto penale germanico. Delineammo come questo prese le prime mosse dalle *faide* o vogliam dire guerre private che ardevano tra le respettive famiglie degli offesi e degli offensori; indi il passaggio che una parte, benchè in principio minima, di questo diritto punitivo fece in persona del *padrone, comite* o conte; il quale, intramesso da prima fra loro, intercedè a voler che l'oltraggiato avesse accettato una compensazion pecuniaria, e si mitigassero per tal via gli animi esacerbati; cresciuto in seguito di potere, costrinse chi avea durato l'affronto a star contento a un risarcimento pecuniario, al quale furon dati varî nomi conforme la diversità degli eccessi, e vario ne fu parimente il valore secondo la gravezza del caso e la condizione degli offesi. Divisammo inoltre come ogni maniera di reati ben si poteva appo la gente germanica riscattare mercè di multa pecuniaria: ed è mirabile la minuta, circostanziata e graduale definizione che le leggi di quel popolo danno della composizione pecuniaria do-

vuta per ciascun delitto; cominciando p. e. in quanto a' furti e danni concernenti gli animali bovini, dal lattonzo fino al bue; rispetto a'lanuti armenti dall'agnello fino al montone ec.; e relativamente alle offese recate al pudore di donna ingenua dal dito mignolo progressivamente alla mano, fino alla mammella (1).

Ond'è che la giustizia contenziosa non altramente che la graziosa tenne presso quella nazione lo stesso cammino che fra i Romani. Il potere di punire e di far grazie fu primamente in balìa della persona oltraggiata o de' suoi congiunti, poi diviso fra essi e il dinasta. Ma il diritto di assolvere graziosamente passò troppo tardi, nè mai per intiero, nelle mani di questo signore, conte o principe (2). O vogliasi consultare la legislazione

---

(1) *Si quis vitulum lactantem furaverit, CXX den. qui faciunt solid. III, culpabilis iudicetur, excepto cap. et dilatura.* Vedi il tit. III, IV, V, VI, VII, IX. — *Si quis homo ingenuus foeminae ingenuae manum aut digitum strinxerit, D C. den. qui faciunt sol. XV, culpabilis iudicetur.* Tit. XXII della stessa legge Salica.

(2) Si ponga qui mente su che debole fondamento si avvisino i feudisti e pubblicisti essersi da' baroni usurpato al monarca il *mero* e *misto impero*, e perfino il diritto di far *grazie*. Essi non si son fatti ad osservare i tre successivi periodi della feudalità, quello della *naturale* o *indigena*, l'altro della feudalità di *conquista* o *bellica occupazione*, ed il terzo della *venale* o *convenzionale*; ma han rilevato qnest' ultimo soltanto: però di molte e false conseguenze si sontratti a dedurre non solo circa la sua *origine*, reputandola propria delle genti germaniche e per esse piantata la prima volta in Italia e nelle altre regioni del romano impero, ma circa l'uso eziandio del prefato mero e misto impero, con iscapito e confusione di un punto importante della storia del *diritto pubblico de' mezzi tempi*.

Presso di noi si è andato incontro a qualche errore anco più grave, a creder cioè cagionato dalle quattro lettere così dette *ar-*

de'popoli che non esciron mai del suolo natìo, o la legislazione di quei della stessa origine che, abbandonate le sedi della Germania, irruppero nelle romane province, si troverà costantemente e pertutto che la potestà di far *grazia* non fu da' respettivi dinasti o principi esercitata innanzi il decimosesto secolo, nè in modo assoluto e al tutto indipendente dalla loro volontà, ma sempre colla condizione che, a godere della grazia, l' offensore dovesse ottenere l' assenso e la *remissione* della persona oltraggiata. La qual cosa accadeva appunto perchè il diritto di accusare e quello di punire non erano ancora dal privato venuti intieramente in mano del padrone o principe. In fatti il prezzo della composizione, ossia della redenzione del reato, andava ripartito tra l' offeso e la corte del dinasta (1).

---

bitrarie di re Roberto la confusione e l'usurpamento di giurisdizione, che malamente apponesi ridotta a'suoi veri principî da Federigo II di Svevia. Questo errore non che repugna alla storia positiva del regno, e alle Sicule Costituzioni di questo re, il quale fu monarca *eroico* o sia *aristocratico*, come furono, al dir di Vico (*ivi*, §. *XXXV.*) i re di Roma, capo insomma dell'*ordine de'nobili*, benchè procacciasse di soggiogarli aspirando alla *monarchia assoluta*; ma si oppone altresì alla storia contemporanea di pressochè tutta Europa, che allor viveva sotto lo stesso reggimento di monarchia *aristocratica*.

Inoltre, non hanno i feudisti considerato che niente si crea dall' uomo, e che quindi se v'ebbe il feudalismo *fattizio* o sia convenzionale, ha pur dovuto prima esservi il feudalismo *naturale*, originato cioè dalla natura dell' uomo ed indipendentemente dalla volontà di lui (*Vico*, *ivi*, §. *XXXI*). La questione adunque si risolve in questa, d' indagare se la *monarchia assoluta* abbia preceduto la *aristocrazia feudale*, o pure se sia intervenuto il contrario, come sembra nel vero comprovino il corso ideologico dell'umano intendimento e la storia.

(1) La romana legislazione aveva dai pubblici separato i delitti

Nessuna distinzione allora facevasi dall'*abolizione all'amnistia*, *all'indulto*, alla *grazia*; nessuna dall'azione penale al penale processo, dalla loro sospensione alla estinzione; nè si metteva punto differenza tra siffatte cose, e la *remissione*, *prescrizione* e *commutazione* di pena. Non si aveva alcuna idea di *reiterazione* o di *recidiva*, e per conseguente non si poteva destare neppur quella di escludere dall'indulto o dalla grazia il recidivo o reiteratore.

Nel codice *Legum antiquarum* non si legge verun titolo che parli di tali materie; nè alcun cenno ne fanno nemmeno le *Sicule Costituzioni* che la miglior parte compongono di quella raccolta. E presso noi, che sì lunga serie di anni giacemmo sotto il dominio delle germaniche genti non s'incontra niuna disposizione di simil

privati, e conseguentemente da'pubblici i *giudizi* privati o le private azioni. Quanto a' primi l'offeso agiva *civiliter* e da per sè; ed allorchè ne' privati delitti si fu scorto un principio di *semipubblicità*, se quegli intendeva agire *extra ordinem seu criminaliter*, gli era uopo *subscribere in crimen*, e la pena si applicava per interesse del pubblico, per interesse del fisco. Nei *pubblici* delitti invece il privato accusatore, ancorchè si fosse lo stesso oltraggiato, soggiaceva sempre al debito della calunnia, e nulla percepiva del valor della pena benchè fosse pecuniaria. Quindi è che i romani imperatori nel concedere gl'indulti non avevan mestieri del consentimento e della *remissione* di colui che aveva ricevuto l'offesa.

All'incontro nel diritto germanico, siccome tutte le pene erano generalmente pecuniarie e tornavan sempre, almeno in parte, a beneficio e compensazione di chi aveva sofferto l'affronto; così nell'accordarsi l'indulto era necessario che il misfattore avesse dall'offeso impetrata la *remissione*. Il diritto di punire adunque presso i popoli di Germania e le genti romano-germaniche era partito fra l'offeso e il dinasta; e perciò i reati e le *pene* non erano assolutamente *pubbliche*, ma *semipubbliche*, di ragione del privato insieme e dell'intera nazione.

fatta innanzi gennaio 1507 ; nella qual' epoca si pubblicarono la prima volte delle prammatiche, ove si dettavano indulti usandosi alla rinfusa i vocaboli *indulto* e *grazia*. E qui non tornerà vano il rammentar quella che in dicembre 1585 fu data fuori sotto il governo del duca di Ossuna, colla quale coloro che trovavansi per un misfatto in essa mentovato « *inquisiti*, *processati*, *con-*
» *tumaci et absenti*, ed in qualsivoglia modo incrimi-
» nati, et che erano intervenuti, et in qualsivoglia modo
» partecipato in detto delitto di homicidio, sacco di casa,
» et tumulto, tutti venivano *perdonati*, *indultati* et *ag-*
» *gratiati* » (1). In essa promiscuamente si adoperano le voci *grazia*, *indulto generale*, *perdono*.

Laonde si appone in fallo l'Eineccio (*Elementa juris civilis lib. IV*, *tit. I*, §. 1036, *in nota*) quando afferma che tra i popoli di stirpe germanica il *furto* e la *rapina*, a differenza de'Romani, si ebbero sempre in conto di *pubblici* reati. Dove per l' opposto gli stessi pubblici crimini de' Romani si reputavano da quei popoli più di privato che di comune e politico interesse. Vedi *il tit. IV*, *pag.* 43 *di questa dissertazione.*

Or quello che sul cominciare del sedicesimo secolo al risorgere del diritto romano si tolse da'dottori ad insegnare, cioè che l'indulto facesse salvo il diritto a'danni-interessi in pro della parte offesa, non fu certo dottrina attinta ne' fonti della romana sapienza; ma si derivò dalla germanica legislazione e dallo svolgimento già in quel tempo operato del commercio e degl'interessi pecuniari, e dal meglio sentire in fatto di *economia*. Vedi *la nota a pag.* 52 ; ed in occasione di dispute intorno al senso delle leggi si badi sempre alla loro *cronologia* : *Multarum legum dissidium*, diceva il Gravina, *sola temporum ratione recte animadversa*, *componitur*.

(1) Questa è appunto la prammatica VI che sta sotto il titolo *de abolitionibus criminum*, nella collezione di *Lorenzo Giustiniani*. Si avverta che il titolo *de abolitionibus* è foggiato dal compilatore ed editore delle prammatiche, e non è delle prammatiche istesse nelle quali non si fa uso affatto di tal voce.

Erasi in tale stagione, siccome innanzi osservammo, effettuata la fisiologica e politica combinazione delle due genti, romana e germanica; e per conseguente si erano insieme commisti i vicendevoli loro sentimenti e costumi, e le respettive legislazioni. Di qui derivò che la potestà de' principi si stese ad imitazione de' romani imperatori ad accordare *indulti generali* e *grazie*, salvo il dover gl' indultati (ed in ciò il germanico si scostava dal diritto romano) ottenere la remissione dalle parti offese, fino a consentir loro un termine perentorio, durante il quale procacciar si dovessero siffatta remissione, in mancanza di che a vuoto tornava la grazia o l'indulto. E da questo innesto, anzi da questa mistione delle due diverse legislazioni pollulò forse la confusione e promiscuità de' prefati vocaboli *abolizione*, *indulto* e *grazia*; confusione e promiscuità che per le sopra cennate cagioni s' insinuarono anche nel diritto romano.

Sotto il reggimento della dinastìa Borbonica si trova più spesso adoperata la voce indulto nella significazione di *grazia* e di *perdono*. » Abbiamo risoluto di accordar » loro un *general perdono*...... È adunque nostra Real » volontà di comprendere nel presente *indulto* tutti i » nostri sudditi per li delitti che abbian *commessi;* sieno » le loro inquisizioni cominciate o no in giudizio; sieno » *indicati rei*, o *confessi*, o *convinti*, assenti, o pre- » senti *sub judice*, con qualunque cautela, o già resi » contumaci o forgiudicati, o banditi, o condannati, » o concordati. . . . . E quindi comandiamo che resti- » no i rei medesimi *pienamente assoluti* dalle contratte » inquisizioni, colpe, delitti e contumacie. Cosicchè » per l' avvenire non sieno più molestati, neppure per » le pene pecuniarie dovute al nostro Fisco ».

Formola di tal tenore fu costantemente usata sotto l'augusto Re Ferdinando IV di Borbone, a contare dalla prammatica de' 10 febbraio 1775 in poi.

I Galli, più che ogni altro popolo dell' antica Roma signoreggiati dalle genti di Germania, ritennero nel così detto *gius consuetudinario* la germanica legislazione; e quindi per la mistion delle due respettive leggi al rinascere del diritto romano le voci anzidette usaronsi appo loro alla rinfusa; nè alcuna distinzione essi fecero dagli effetti dell'abolizione a quelli dello indulto o della grazia. Cosicchè nel corso della recente *militare occupazione* del nostro regno i Francesi colla stessa promiscuità e senza le debite distinzioni adoperaron siffatte voci nelle loro leggi e ne' loro decreti (1).

Finalmente le nuove leggi penali fermando il valore ed *univoco* significato di ciascuno di questi vocaboli ne hanno affatto sbandita ogni promiscuità ed incertezza. Imperocchè alle parole *amnistia* ed *indulto generale* hanno quelle attaccato il senso d' impedire soltanto l'ulteriore *processo* ne' reati che vi sono compresi, senza potersi estendere alle condanne passate in giudicato, e senza recare verun pregiudizio all' *azione civile* nascente da reato (2). La parola *abolizione* (3) si è limitata ad un rescritto particolare di tal nome, e ad essa si è legato

---

(1) In fatti, nella *L. penale* de' 20 maggio 1808, art. 44, fu disposto così: « Si estingue il delitto con la *grazia* del principe. » Può però il delitto così estinto *ravvivarsi* colla *recidiva* ».

Le voci *grazia* e *recidiva* sono quivi adoperate l'una nel senso di *abolizione* di *processo* e di *sospensione* di azione penale; l' altra nel significato di *reiterazione*.

(2) *Art.* 637, *Leg. di proc. pen.*

(3) *Art.* 638 e 639, *ivi.*

il significato di *abolire* non il solo processo, ma ancora l'azione penale, la quale rimane *graziosamente* prescritta, restando nondimeno in pieno vigore l' azione civile emergente dal reato abolito. *La grazia* (1) si è ristretta a significare la *condonazione* intera, o la *minorazione* della pena profferita con condanna passata in giudicato. In quanto all' *amnistìa* o *indulto generale* si è inoltre sancito ravvivarsi il reato il cui processo erasi abolito, ove quegli che dell'amnistìa o indulto ebbe il godimento, fosse poi caduto in altro reato; in guisa che vuolsi in siffatta congiuntura esaminar di bel nuovo se il sopito o amnistiato delitto, egualmente che il nuovo, consti d'essere stato da lui commesso. E constando dell' uno e dell' altro, debbe il reiteratore sottostare ad una pena più grave (2).

Or se il significato della *L. 3, Cod. de generali abolitione* è onninamente diverso da quello che le nuove nostre leggi danno alla medesima voce *indulto*, come sarà mai lecito invocar cotesta L. 3, in casi che van sommessi al governo di tali leggi? Come ripeter dunque in forma di massima: *Indulgentia, quos liberat, notat?* (3).

E se ci si consente esaminare addentro la nostra giurisprudenza anteriore alla *militare occupazione*, a viep-

---

(1) *Art.* 640, *ivi.*

(2) *Art.* 89, *LL. penali.*— Quindi non si ha per *confesso* chi ha goduto dell' indulto.

(3) Dunque a ragione affermava il Gravina: *Multarum legum dissidium, sola* temporum *ratione recte animadversa, componitur.* (*Originum Juris civilis, loc. citato.*)

Il progresso e quindi l' insensibile mutamento ideologico-politico delle instituzioni e delle leggi, e perciò del linguaggio, genera in un modo impercettibile siffatta diversità di significazione e di effetti.

più convincerci che non s' è mai fra noi ricevuta tal massima, giova recare in mezzo la testimonianza ed autorità del prelodato Tommaso Saverio Caravita: *Quamvis vero, impetrata post venia reus noviter delinquat, crimina jam* remissa *nunquam sibi* reviviscunt (1): *indecorum siquidem principi, illummet, quem* crimine *clementissime* liberavit (si noti che qui si parla di grazia nel senso dell' anzidetta legge 3), *capitis judicio arcessere et criminationibus fatigare; adeo ut, si ab homicidio e. g. indultum consecutus, ab uno quolibet homicida vociferetur, jure merito in hunc* injuriarum actionem *instituat* (2). Sicchè l'indulto, lungi dal far reo, *purgava* anzi il graziato di ogni *macchia*, restituendolo alla primiera innocenza.

(1) *De Franchis. Decis.* 433, *num.* 2.
(2) *Instit. criminal. Ibid.*

Digitized by Google

PARTE SECONDA

TITOLO I.

Conseguenza ed applicazione de' premessi principî: il volontario godimento di un indulto non include la tacita confessione del reato.

Poichè l'azione civile è parte integrale dell'azion penale, e procedono entrambe da una medesima cagione; poichè elle non son due, ma solo un'azione, tanto per l'*oggetto* a cui si riferiscono che per lo *principio* a cui debbono la loro esistenza; in modo che comune ed identica è la question pregiudiziale ossia la *cognita*, per cui mezzo vien risoluta la questione *principale* dell'una e dell'altra; poichè cotesta unità opera in modo che, sciolta la pregiudiziale rispetto all'azione penale, s'abbia necessariamente come decisa rispetto alla civile, e l'autorità della cosa giudicata relativamente alla anzi-

detta pregiudizial controversia debba assolutamente influire in quella delle due azioni non sottoposta ancora a giudizio ; perciò ne consèguita, che se la *confessione* dell' imputato non è sufficiente a risolvere cotesta pregiudizial questione in quanto alla penale, non può stimarsi nemmeno bastevole in riguardo alla civile.

Quel fatto, che è causa *univoca* e *necessaria* dell'azione penale e civile, il fatto per appunto del *reato* e della *colpabilità* dell'inquisito, fatto che costituisce la *cognita*, quello stesso fatto, *confessato* dal medesimo inquisito, produrrebbe egli in questa ipotesi il suo effetto legale, ch'è di logica necessità, solamente in ordine all'azione civile, e non r'spetto all' azione penale? Chi non vede l' assurdità di simile opinione?

E nel vero, se relativamente all'azion penale la nuda *diretta* e non *equivoca* confessione del reato comechè fatta *in jure seu judicio* a nulla monta, dove non sia munita di molti gravi coerenti e sodi argomenti che verisimile la rendano e la faccian tenere qual parto di coscienza rimordente e sincera; per modo che può dal confitente istesso disdirs', combattersi; ed aversi dal giudice come non fatta o perchè frutto del *tedio* della vita, della *seduzione* o della inspirata *fiducia* e speranza di salvarsi, o perchè *estorta* a via di tormenti e sevizie, o perchè avvenuta per *errore di fatto* (1); in qual conto potrà mai tenersi una pretesa con-

(1) Si riscontri dal primo fino all'ultimo, e si troverà concorde in questo ogni giureconsulto, dottore, e forense della vecchia e della nuova scuola; si vedrà uniforme la prima, la media e l' ultima legislazione e giurisprudenza.

Bella ed assai erudita e sensata è la dissertazione di Einnecio *de religione judicantium circa reorum confessiones*, dove fra l'altre dimostra che la nota legge del *Digesto* « *Confessus in jure pro*

fessione *tacita*, *conghietturale*, suscettiva di *varia* e dubbia *interpetrazione*, una confessione di niun altro indizio fornita e che attaccar si vuole al tenue filo del semplice godimento di un indulto ? godimento spesse volte suggerito dalla *pusillanimità*, e spesso consigliato dalla *incertezza* de' giudizi e dallo *squallor* del carcere e dalla tema del potere e delle aderenze altrui ?

E se l'indulto non si concede per virtù di legge preesistente, ma con atto *governativo*, ossia con decreto attinente alla sfera di politica e generale amministrazione dello stato, nè si attribuisce *in jure vel pro tribunali*, ma s'applica dal magistrato in forma sommaria o d'*uffizio*, o sulla semplice richiesta della parte, come interpetrar si può il godimento di quell' indulto qual tacita confessione *in jure?* (1) Nè in siffatta occasione il magistrato siede rivestito dell' ordinaria sua *contenziosa* giurisdizione o *misto impero*, nè egli opera sotto la forma e figura di *solenne* giudizio regolarmente aperto con decisione di *sottoposizione* ad *accusa*, che presso di noi è il modo *legale* onde l'azione penale e la civile voglionsi instituire, perchè si faccia

judicato est, ridurre si dee alle sole cause civili propriamente dette. (*Exercitationes juris, vol. VI.*)

(1) Montesquieu distingue le leggi in *civili* ed in *politiche;* intendendo per *civili* tutte le leggi che non sieno politiche, e per *politiche* anche le *amministrative*. Indi avverte, che le materie di ragion politica non debbonsi giudicare colle leggi civili ; ed al contrario. Questa osservazione torna qui molto in acconcio. Imperocchè il decreto dell'indulto e la forma onde si applica si attengono, come di sopra abbiam detto, all'ordine ed alle leggi amministrative. *Esprit des lois, liv. XXVI, chap.* 3, 15, 16.

La nostra Corte Suprema ha ormai fermato la massima, che l'esilio o altra pena , a cui si sia fatto *amministrativamente* soggiacere un uomo , non è da reputarsi pena pronunciata nel senso delle *leggi penali* , nè dee valer di elemento per la *recidiva*.

luogo ad un *giudicato*, o si tenga per confessione *in jure* la dimanda di voler godere dell' indulto, o il semplice fatto di codesto godimento (1).

Se a norma delle veglianti nostre Leggi la parte civile più non entra nell' esercizio della giustizia graziosa ; se questo esercizio riducesi alla sola *pubblica azione*, lasciando salva ed illesa l'azione de'danni-interessi; in qual modo il godimento dell'indulto si potrebbe giudicare una implicita confessione del reato rispetto alla parte civile ?

Se coll'atto amministrativo d'indulgenza o amnistìa non si risolve punto la question pregiudiziale intorno la *colpabilità* dell' imputato , ed invece si dichiara soltanto *abolito* il processo , *sospesa* l' azione penale , senza entrar punto nel fondo e nel merito di essa ; si potrà egli tener per confessata e certa la *reità* di colui che si è fatto a chieder l' indulto ? e sarà lecito all' oltraggiato pretender da lui i danni-interessi , che sono la conseguenza di siffatta *reità ?* — Ancorchè quest'atto di graziosa giustizia , questa misura *governativa* della suprema potestà si potesse stimare un atto di giustizia *contenziosa*, e l'applicazione ne fosse fatta *in jure seu sub figura judicii*, come quando l' azione penale si trova ritualmente instituita; neppur se ne potrebbe dedurre veruna tacita confessione; imperocchè l'intero processo è rimaso *assopito*, l'azion penale è *sospesa* , e al criminal magistrato è vietato di valutar l'uno o l' altra fino a che l'imputato non cada in novello reato col divenir *reiteratore*.

Nè più lice opporre la *L. 3, C. de generali abolitione*, nella quale è detto: *Indulgentia, patres conscripti, quos liberat, notat; nec infamiam criminis tollit; sed* poenae gratiam

(1) Vedi *il tit. VII, pag.* 90 e 91.

facit. Perciocchè abbiamo a lungo discusso il valore di così fatta legge, e dimostrato che la voce *indulto* usata nella romana e nella legislazione de'popoli romano-germanici le quali hanno avuto vigore nel nostro regno fino al 1818, ha cangiato di *senso* e di *effetti* legali nelle nuove leggi che dal 1819 ne governano.

Laonde rimane saldo il principio, che il *volontario* godimento di un indulto, del pari che il godimento *necessario*, non include in nessun modo la tacita *confessione* del reato.

TITOLO II.

Ricapitolazione e corollario della intera dissertazione.

Ecco in che maniera nacque l'azion penale, come a poco a poco andò procedendo innanzi, svolgendosi per modi impercettibili, come s'è ridotta allo stato in che di presente la vediamo, come ognora attenuandosi verrà alla per fine a svanire per intero, lasciando a sè superstite la sola azione *civile* per la riparazione de' danni-interessi colla quale in origine si confondeva ed immedesimava; come quella stessa azione civile dopo lungo correr di secoli se ne disciolse, restringendosi in brevissimo spazio; come dovrà finalmente così vincerla di valore da rimanere tutta sola in campo! Ecco come essa fu primamente *azione*, ossia *forza* e *fatto* dell'uomo privato, regolata e misurata dal suo cuore; come appresso fu *forza* e *fatto* del privato insieme e del dinasta, guidata più dalle passioni e dalla mente di questo che di quello; come di mano in mano ne'reati che ferivano l'universale interesse ella fu dal solo dinasta esercitata, il quale in ciò consultava la sua propria e privata volontà senza lasciarsi punto governar dai *comuni interessi;* come da ultimo per avere egli identificato il suo interesse con l'utilità della intera nazione, se fu da lui esercitata giusta l'intendimento della sua volontà, pure questa con quella dell'universale andava d'accordo.

Di qui dunque si scorge la genesi ed il corso *ideologico-politico* del processo e del diritto penale, ossia dell'*azione*, della *giurisdizione*, ed infine della *legge* penale, la quale, come ogni altra specie di legge, è in prima una semplice e personal *volontà* di chi ha ricevuto la ingiuria: volontà che si manifesta colla forza o *azione:* appresso è una semplice concreta e personal *volontà* e *mente* del dinasta esercente la *patrimoniale giurisdizione*, per forma che *quod ei placuit legis habet vigorem (L. 1, ff. de constitutionibus princip.)*: di poi è la costui *volontà*, conforme alla generale volontà del suo popolo solennemente *dichiarata*, *promulgata*, e *sancita* (1).

Rilevasi inoltre come con lo svilupparsi della intelligenza la legislazione di un popolo per gradi insensibili si svolga dalla stessa natura di quello! come poi dalle leggi della generazione che passa poco si discostino le al-

(1) Quindi è che se a ragione si è da noi affermato precedere alla *giurisdizione* l'azione, ed alla *legge* la giurisdizione; si dee pur convenire che senza intendimento di disgradarne il merito de' sommi scrittori di diritto pubblico de' due precedenti e di parte del corrente secolo, ci siam fatti a notare, come eglino han considerato la legislazione sotto il riguardo di un solo periodo di tempo, e propriamente della prima età delle nazioni, cioè di quell' epoca in cui l' intelletto è tuttavia *sensuale*, senza averla osservata sotto il rispetto di un maggiore incivilimento, che accade allorchè l' intelletto si è elevato allo stato *di ragion pura*, di mente contemplatrice e idonea apprezzatrice de' rapporti e degli interessi comuni e nazionali, anzi *cosmopolitici*. E vuolsi altresì consentire, che adoperando il metodo ideologico-storico, ci si è da sè stessa svelata la vera naturale origine del *diritto di punire*, ad investigar la quale sono state finora tante ipotesi foggiate e tanti ingegnosi sistemi!

tre della generazione che viene, cadendo da sè in disuso quella parte solamente di esse che più non si addice all'avanzamento del vigore intellettuale della nuova generazione, ed aggiugnendovisi invece quel tanto che deriva dal novello svolgimento e progresso del sapere che modifica il viver civile. Ond' è che tutto il prezioso e difficile, la essenza tutta del potere legislativo consiste nel ben *rilevare*, *descrivere*, e quindi *dichiarare*, *promulgare* e *sancire* i *comuni* e *progressivi* sentimenti intorno alla civil comunanza ; i fatti civili, criminosi, politici, i loro effetti, la loro pruova legale, le forme degli atti, quelle de' giudizî, i poteri de' cittadini, quelli de' magistrati e di ogn'altro pubblico uffiziale ecc., conforme essi sono nell'età in che si vive. Nel dichiarare *aboliti* o *derogati* quelli che, col modificarsi la natura dell'uomo dond'emergono, eran già caduti per difetto di causa, ecc.

Di qui si pare la necessità in cui siamo, che legislativamente si dichiari essere, sì per l' *oggetto* che per la *causa* petendi, un' *azione medesima* la penale e l'azione civile nascente da *reato* ; essere perciò *identica* la quistione pregiudiziale di entrambe ; diversare per *causa*, per *effetto* e per *forma* dalla contenziosa la graziosa giustizia ; ed il reato non aversi per *confessato* da colui che per avventura si giovi dell'indulto o amnistìa ec. (1)

---

(1) Dal tenore di questa dissertazione si può di leggieri argomentare il metodo che saremo per tenere nell'opera cennata nella nota a pag. 66. Questa dissertazione è un saggio che ci è piaciuto far precedere per iscandagliare anticipatamente l'avviso di quei che sanno. Veggasi in essa il modo di premettere la parte *teoretica* e puramente *ideologica* alla parte *ideologico-storica*, comechè da questa tragga origine e vigore ; e di annettervi poi la parte *pratica* e *d'induzione*. Non altrimente procederemo in quella.

Non intendeva forse a siffatto metodo accennare quella profonda

mente del Vico nel §. *VIII, cap. I, de' Principî di una scienza nuova?* == « Essendo, egli dice, cotal dritto (*quello delle genti*) » uscito coi *comuni* costumi; e i costumi de'popoli essendo fatti » *costanti* delle nazioni; ed insiememente essendo i costumi umani » pratiche ovvero usanze dell'*umana natura*; e la natura degli uo- » mini non cangiandosi tutta *ad un tratto*; ma sempre ritenendo » un'impressione del *vezzo* o sia usanza primiera (Vedi *questa disser- » tazione nella nota a pag.* 66) questa scienza debbe portare ad un » fiato e la *filosofia* e la *storia* de'costumi umani, che sono le due parti » che compiono questa sorta di giurisprudenza, della quale qui si » tratta, che è la *giurisprudenza del genere umano*; in guisa che » la prima parte spieghi una *concatenata serie di ragioni*; la secon- » da ne narri un perpetuo, o sia non interrotto sèguito di *fatti* del- » la *umanità* in conformità di esse *ragioni* ».

FINE.

005800524

Digitized by Google

INDICE

PARTE SECONDA

FINE DELL' INDICE.

7.2.180
PH2,0003

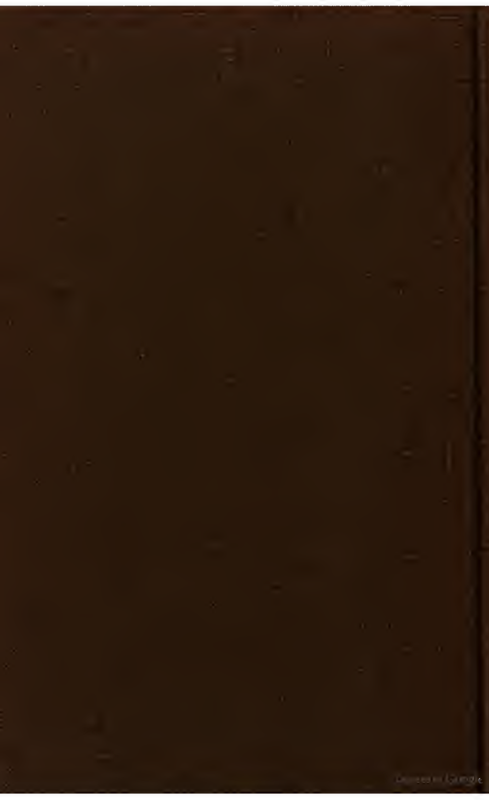
Z 12.0

Digitized by Google





Digitized by Google


Digitized by Google